

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

---

DES

# DONATIONS DE BIENS

## PRÉSENTS ET A VENIR

DANS L'ANCIEN DROIT ET EN DROIT ACTUEL

---

### THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

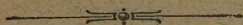
L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

*Le jeudi 26 mai 1898, à 8 heures et demie du matin.*

Par HENRI HÉLIE

*Président : M. A. BOISTEL, professeur.*

*Suffragants : } MM. WEIS, professeur,  
PIEDELIEVRE, agrégé.*



TOURS ET MAYENNE

IMPRIMERIES E. SOUDÉE

1898



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT



UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

---

DES  
DONATIONS DE BIENS  
PRÉSENTS ET A VENIR

DANS L'ANCIEN DROIT ET EN DROIT ACTUEL

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

*Le jeudi 26 mai 1898, à 8 heures et demie du matin.*

Par HENRI HÉLIE

---

*Président : M. A. BOISTEL, professeur.*

*Suffragants : { MM. WEIS, professeur,  
PIEDELIEVRE, agrégé.*



---

TOURS ET MAYENNE  
IMPRIMERIES E. SOUDÉE

1898

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE



## INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

### DES OUVRAGES CITÉS.

- ACCARIAS. — Précis de droit Romain. Paris, 1886, 4<sup>e</sup> édition.
- AGUESSEAU. — Œuvres complètes de d'., par Pardessus. Paris, chez Paulin, 1812.
- ALLÈGRE. — Le code civil commenté par... Paris, chez Delhomme, 1888.
- ANOUILH. — De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le code Napoléon. Revue historique de droit français et étranger. Paris, 1860. T. 7.
- ARGOU. — Institution au droit français. Paris, 1787.
- ASSISES DE JÉRUSALEM. — Par Beugnot. Paris, Imprimerie Royale, 1845.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français. Paris, maison Cosse, 1875.
- BALUZE. — Capitularia Regum francorum et formulæ veteres Marculfi. Paris, chez Morin, 1780.
- BATBIE. — Académie des sciences morales et politiques. Paris, chez Durand, 1866.
- BAUBY. — Académie de Législation de Toulouse, chez Thorin à Paris, t. 21.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Traité théorique et pratique de droit civil. Paris, chez Larose et Forcel, 1895.

BEAUNE. — Droit coutumier Français. Paris, chez Larose et Forcel, 1886.

BEAUMANOIR. — Coutume de Beauvoisis par Beugnot. Paris, chez Renouard, 1842.

BONIFACE. — Arrêts du parlement de Provence. Lyon, chez V<sup>ve</sup> Horace-Molin, 1708.

BOUCHEUL. — Successions contractuelles. Paris, chez Hérissant, 1727.

BOULLENOIS. — Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des coutumes. Paris, chez Mesnier, 1732.

BOURJON. — Droit commun de France et coutume de Paris. Paris, chez Change, 1770.

BOUTARIC. — Explication de l'ordonnance de Louis XV relativement aux donations. Avignon, chez Girard, 1744.

BOUTEILLER. — Somme rurale par Charondas Le Caron. Paris, chez Macé, 1521.

BRODEAU. — Sur Louet. Arrêts notables du parlement de Paris et commentaire de la coutume de Paris. Paris, chez Legras, 1762.

CAMBOLAS. — Décisions notables du Parlement de Toulouse. Toulouse, chez Caranove, 1744.

CANCIANI. — Barbarorum Leges antiquæ. Venise, 1781-1782.

CARTULAIRE et divers actes des Alamans, des de Lautrec, des de Levi par Labié. Paris, chez Picard, 1883.

CARTULAIRES ANGEVINS par d'Espinay, Angers chez Cosmier et Lachèse, 1864.

CARTULAIRE de l'abbaye de Chartres, par Guérard. Imprimerie Royale, 1842.

CARTULAIRE de l'abbaye de Saint-Loup de Troyes, par Lalore, Paris, chez Thorin, 1875.

CARTULAIRE de l'abbaye de Redon, par Courson. Imprimerie Impériale, 1863.

CARTULAIRE de Saint-Bertin, par Guérard. Imprimerie Royale.

CARTULAIRE de Marmoutiers pour le Dunois, par Mabilie. Paris, chez Dumoulin, 1874.

CARTULAIRE de Saint-Quentin ou Livre Rouge, par Bouchot et Lemaire, Saint-Quentin, chez Poëtte, 1881.

CARTULAIRE de Notre-Dame de Paris, par Guérard. Paris, chez Chapelet, 1850.

CARTULAIRE de Saint-Victor de Marseille, par Guérard. Paris, chez Lahyre, 1857.

CHOPPIN. — Œuvres de... traduites en français. Paris, chez Bellaine, 1662.

COLMET DE SANTERRE ET DEMANTE. — Cours analytique de droit Français. Paris, chez Plon et Nourrit et Cie, 1881.

CORPUS JURIS CIVILIS. — Académicon Parisiense, par Gallisset. Paris, chez Janet, 1832.

COUTUME D'AMIENS. — Voyez Ricard.

COUTUME D'AUVERGNE avec les notes de Dumoulin, Brodeau et Ricard, par Chabrol. Riom chez Legoulle, 1784.

COUTUME DU BERRY. — Par Thaumas de la Thaumassière. Bourges, chez Christo, 1701.

COUTUME DU BOURBONNAIS. — Par Auroux des Pommiers. Paris, chez Leclerc, 1732.

COUTUME DE BOURGOGNE. — Dijon, chez Sicot, 1733.

COUTUME DE BRETAGNE. — Par d'Argentré. Paris chez Buon, 1621.

COUTUME DE BRETAGNE. — (Très ancienne), par Planiol, Rennes, chez Hervé et Plihou, 1896.

COUTUME DE LORRIS. — Par Tardif. Paris, 1885.

COUTUME DU MAINE ET DE L'ANJOU. — Angers chez. Mame, 1783.

COUTUME DU MAINE. — Voyez Choppin.

COUTUME DU NIVERNAIS. — Par Guy Coquille. Paris, chez Plon, 1864.

COUTUME DE NORMANDIE. — Par Basnage. Imprimerie Privilegiée. Rouen, 1778.

COUTUME D'ORLÉANS. — Par Pothier. Paris, chez Debure, 1776.

COUTUME DE PARIS. — Voyez Bourjon.

Voyez Brodeau.

Voyez Choppin.

Voyez Dumoulin.

Par Eusèbe de Laurière. Paris, chez Nyon, 1787.

COUTUME DE PÉRONNE. — Saint-Quentin, 1721.

COUTUME DU POICTOU. — Poitiers chez Thoreau, 1600 (?).

COUTUME DU PONTHEU. — Hubault, Amiens, 1685.

COUTUME DE SENLIS. — Voyez Ricard.

COUTUME DU VERMANDOIS. — Par Buridan. Reims, chez Hécart, 1631.

COUTUMES (LES) générales et particulières de France et des Gaules, Paris chez Fouët, 1635.

CUJAS. — Jacobi Cujacii opera, Naples, 1758.

DALLOZ. — Recueil périodique, de jurisprudence et de législation, Paris.

— Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence, Paris.

DEMANGEAT. — Droit Romain, Paris, chez Marescq, 1866.

DEMOLOMBE. — Traité des donations entre vifs et des testaments, Paris, chez Durand et Hachette, 1872.

DESJARDINS. — Sur l'origine de la règle donner et retenir

ne vaut. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 33.

**DOMAT.** — *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et Legum delictus*, Paris, chez David, 1766.

**DU MOULIN.** — *Caroli Molinœi opera*, Paris, 1681.

**DUPERIER.** — *OEuvres de...* Toulouse chez Caranove, 1721.

**ESBACH.** — *Notice historique sur l'institution contractuelle.*  
*Revue de législation*, t. XI, Paris, 1840.

**ESMEIN.** — *Cours élémentaire d'histoire du droit Français*, Paris, 1892.

— *Etude sur les contrats dans le très ancien droit Français*, Paris, chez Larose et Forcel, 1883.

**EPEISSES.** — *OEuvres de...* Lyon, chez Bruyset frères, 1750.

**ETABLISSEMENTS DE SAINT-LOUIS.** — T. 12 du *Recueil général des anciennes lois françaises*.

**FENET.** — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827.

**FERRIÈRES.** — *Nouvelle institution coutumière*. Paris, chez Joubert, 1692.

*Dictionnaire.*

**FLEURY.** — *Institution au droit français*, par Laboulaye, Paris, chez Durand, 1858.

**FURGOLE.** — *OEuvres complètes*, Paris, chez Celot, 1775.

**FUZIER-HERMAN.** — *Recueil général alphabétique de droit Français*, Paris, chez Larose et Forcel.

**GLASSON.** — *Etude sur les donations à cause de mort en droit romain*.

**GRAND COUTUMIER DE FRANCE.** — Par Laboulaye et Dareste. Paris, chez Durand et Pedone Lauriel, 1868.

**GUÉTAT.** — *Histoire élémentaire du droit Français*. Paris, chez Larose et Forcel, 1884.

**HENRYS** — *OEuvres de...* par Bretonnier. Paris, 1772.

- HISTOIRE DE LA LÉGISLATION DES ANCIENS GERMAINS. — Par Davoud Oglhou. Berlin, chez Reuner, 1845.
- IHERING. — L'esprit du Droit Romain, traduit par B de Meulenære. Paris, chez Maresq, 1878.
- JEAN DES MARES. — Coutumes notoires du parlement de Paris, par Brodeau. Paris, chez Foucault, 1669.  
Décisions, même ouvrage.
- KLIMRATH. — Etude sur les coutumes avec une carte de la France coutumière. Paris, 1837.
- LA FERRIÈRE. — Histoire du droit Français. Paris, chez Joubert, 1846.
- LAMOIGNON. — Arrêts du parlement de Paris, Paris chez Merlin, 1777.
- LARNAUDE. — Etude sur la publicité des donations. Thèse. Paris, 1876.
- LAURENT. — Principes de droit civil. Paris chez Durand et Pedone et Lauriel, 1874.
- LEBRUN. — Traité des successions. Paris, chez Legras, 1743.
- LOYSEL. — Institutes coutumières. Paris, chez Videco, 1846.
- MALLEVILLE. — Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'Etat. Paris, 1807.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du code civil. Paris, chez Delanrotte, 1873.
- MASUER. — Pratica forensis. Paris, 1526.
- MAYNZ. — Cours de droit Romain, 4<sup>e</sup> édition. Bruxelles, 1876-1877.
- MERLIN. — Répertoire de jurisprudence. Bruxelles, chez Tarlier, 1828.
- MOLITOR. — Droit Romain. Paris, chez Durand, 1867.
- ORTOLAN. — Histoire de la législation Romaine. Paris. chez Plon, 1884.

PERIER. — Arrêts notables du parlement de Dijon. Dijon, chez Ange, 1735.

PERTZ. — Monumenta Germanicæ historica. Paris, 1837.

PIERRE DES FONTAINES. — Conseil à un ami ; publié par Marmier. Paris, chez Durand et Joubert, 1846.

POTHIER. — Œuvres complètes de... annotées par Bugnet. Paris, 1861.

RECUEIL D'ARRÊTS DU PARLEMENT DE PARIS. — Par Bardel, Avignon, chez Roberty, 1773.

RECUEIL GÉNÉRAL DES ANCIENNES LOIS FRANÇAISES. — Par Isambert, Paris, chez Verdière, 1822.

RÉPERTOIRE DE JURISPRUDENCE. — Paris, chez Vissé, 1784.

REVERDY. — Les donations dans la législation de Justinien et dans les pays de droit écrit. Thèse, Paris, 1897.

RICARD. — Traité des donations, annoté par Bergier. Paris, chez David, 1754.

ROZIÈRE. — Recueil général des formules usitées dans l'Empire des Francs du v<sup>e</sup> au x<sup>e</sup> siècle. Paris, chez Durand, 1859.

SAINTESPES-LESCOT. — Des donations entrevifs. Paris, 1855.

SAVIGNY (DE). — Histoire de droit Romain au moyen-âge, traduit par Guenoux. Paris, chez Durand, 1839.

— Traité de droit Romain, traduit par Guenoux. Paris, chez Firmin Didot, 1845.

SERRIGNY. — Droit public et administratif Romain. Paris, chez Durand, 1862.

SIREY. — Recueil général des lois et arrêts. Paris.

TROPLONG. — Droit civil expliqué. Paris, chez Hingray, 1855.

WALTER. — Corpus Juris Germanici. Berlin, 1834.

VAN WETTER. — Cours de droit Romain. Gand, 1876.

VIOLLET. — Précis d'histoire du droit français. Paris, 1886.



## PREMIÈRE PARTIE

# DROIT ROMAIN

---

En matière de donation de biens présents et à venir les rédacteurs du code civil n'ont rien emprunté au Droit Romain. L'influence de dernier s'étant fait sentir dans la législation des pays de droit écrit dont l'étude fait partie de notre programme, nous avons à ce titre jugé utile d'esquisser à grands traits la théorie Romaine sur ce point.

Les textes du Digeste nous donnent de nombreux exemples de choses futures faisant l'objet d'une obligation (1). Ce sont des choses qui n'existant pas actuellement doivent ou peuvent exister un jour, comme par exemple les fruits que tels fond produira, la maison qui

---

(1) L. 73 princip. L. 75 § 4, D. L. 45, T. I.

sera construite, l'enfant qui naîtra de telle esclave. La société pouvait aussi comprendre en vertu d'une déclaration formelle, les biens à venir (1). L'hypothèque également pouvait porter sur ces mêmes biens (2).

Nous voyons même Justinien aller jusqu'à permettre aux fils de famille, pour éviter l'emprisonnement, de faire à leurs créanciers la *bonorum cessio* de leurs acquisitions futures (3) etc...

On ne peut donc trouver dans le caractère de biens à venir un motif qui mette obstacle à ce que ces choses deviennent la matière d'un contrat.

En était-il de même en matière de donation ? Cujas (4), Ricard (5), Chabrol (6), Ferrière (7), Bretonnier (8), Furgole (9), et tous nos anciens commentateurs, Demolombe (10), et Molitor (11) prétendent que la donation de biens à venir, ainsi que la donation des biens présents et à venir étaient tout au moins vala-

---

(1) L. 3 D. L. 17 T. 2.

(2) L. 9 C. L. 8 T. 17.

(3) L. 7 C. L. 9 T. 71.

(4) Sur la loi, 35 C. de *Donationibus*.

(5) Donat. T. I p. 251.

(6) Sur art. 163. Cout. d'Auvergne.

(7) T. I p. 728. Dictionnaire.

(8) T. 2, p. 292.

(9) Sur ord. 1731, art. 15.

(10) Don. T. 3, p. 334.

(11) T., 2 p. 319.

bles soit à partir d'Antonin le Pieux si elles étaient faites au profit de parents en ligne directe soit à partir de Justinien si elles s'adressaient à toutes autres personnes.

Troplong (1), Saigny (2), Maynz (3), Van Wetter (4), d'Espinay (5) et Bauby (6) estiment au contraire que la législation de Rome s'était toujours opposée à la validité de pareilles conventions.

Il est toutefois un point sur lequel tous les interprètes ont été d'accord. C'est qu'à Rome L'INSTITUTION CONTRACTUELLE a été de tous temps prohibée (7).

Comme certains auteurs ont assimilé cet acte à la simple donation de biens à venir, nous croyons utile de faire ressortir les motifs qui ont fait interdire l'institution d'héritier par contrat pour montrer dans la suite qu'il ne peuvent s'appliquer à la donation de biens à venir.

On ne pouvait par institution contractuelle transmettre tout ou partie de sa succession pour trois raisons. D'abord cet acte eût restreint ou détruit la liberté testamentaire ; ensuite le formalisme Romain s'y oppo-

---

(1) T. 26 p. 150.

(2) Droit Romain T. 4 p. 146.

(3) T. 3 p. 386.

(4) T. 2 p. 185.

(5) Cartulaires angevins, p. 268.

(6) P. 157.

(7) Anouilh p. 293.

Esbach p. 137.

Bauby, *loc. cit.*

sait. Et enfin cet acte contenait ce *votum mortis* contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

D'abord et surtout un pareil pacte était nul parce qu'il attaquait dans sa base cette liberté testamentaire si chère aux Romains. En l'autorisant, les lois auraient amoindri, parfois même anéanti complètement ce droit. Lié par un contrat irrévocable, le citoyen n'aurait plus eu dans la suite la faculté de transmettre ses *sacra* à la personne de son choix. La loi 15 au Code L. 2. T. 3 contient une application de ce principe. Elle nous montre un père mariant sa fille, et dans l'*instrumentum dotale* lui promettant de partager sa succession par portions égales entre elle et son frère. Elle ajoute que l'engagement pris par le père est nul, car cet engagement n'a pu lui enlever la faculté de faire son testament comme il l'entendrait (1).

Ensuite le formalisme Romain était un obstacle à ces sortes de conventions. Le patrimoine ne pouvait se transmettre en dehors des procédés établis par la loi et le testament était le seul moyen donné pour y arriver.

---

(1) Il est vrai que plus tard l'empereur Léon par sa Novelle 19 abrogea cette loi et sanctionna la promesse d'égalité. Il n'y a rien de plus équitable que de reconnaître une égalité naturelle, alors qu'il serait injuste pour respecter la liberté de tester du *pater familias* de permettre l'inégalité entre les enfants surtout après une promesse de justice.

De cette Novelle nos anciens auteurs ont cru voir à tort l'origine de l'institution contractuelle.

« *Hæreditas extraneis testamento datur* », dit la loi 5 au Code L. 5 T. 14. Par la précision de sa formule autant que par les exemples qui l'accompagnent, cette loi nous montre clairement que la seule manière de disposer après soi de son patrimoine c'est d'employer la forme solennelle du testament. C'est ce qu'Ulpien trois siècles auparavant disait en ces termes « *verba con- traxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus* » (1).

Enfin, une pareille convention était de nul effet par- ce qu'elle était contraire aux bonnes mœurs. *Stipu- latio hæc modo concepta*, dit la loi 61 au Digeste « L. 45 T. 1 : *Si heredem me non feceris, tantum dare spondes ? Inutilis est quia contra bonos mores est (hæc stipulatio)* ». Le pacte est donc déclaré nul parce qu'il contient ce *votum mortis* que les poètes de l'an- cienne Rome poursuivent de leurs flétrissures et de leur mordante ironie. La clause pénale qui est adjointe à une pareille stipulation ne saurait la valider, tant il est inhumain de vivre pour ainsi dire de l'espérance cri- minelle de voir mourir celui qui doit vous donner ses biens en héritage, et tant il est contre nature d'escomp- ter la mort de celui que la faiblesse d'esprit aura con- duit à cet excès de générosité.

Mais la législation Romaine qui s'était toujours oppo- sée formellement à l'institution d'un héritier par con-

---

(1) L. 20, D. L. 50, T. 16.

trat avait-elle prohibé également et de tous temps la donation de biens à venir et la donation de biens présents et à venir ?

Quoique l'institution contractuelle porte nécessairement et que la donation de biens à venir doive porter le plus souvent sur les biens qu'une personne laissera à son décès, on peut relever entre ces deux actes certaines différences qui servent à les distinguer et qui expliquent les règles dissemblables auxquelles ils sont soumis.

Le donataire aussi bien de biens présents que de biens à venir n'est qu'un successeur *in universum jus defuncti*. Il ne doit point posséder tous les droits ni supporter toutes les charges de la succession, comme y serait obligé l'institué que l'on regarderait comme un véritable héritier.

En conséquence il n'est tenu des dettes qu'en vertu de ce principe, que les dettes d'une universalité sont la charge inséparable de son actif. Mais il ne l'est qu'*intra vires*, alors que l'héritier contractuel le serait *ultra vires*, comme tout héritier ordinaire. Ce dernier succéderait aux *Sacra privata*, comme aux biens du défunt. Aucun autre que lui ne pourrait désormais recevoir la qualité d'héritier. S'il est vrai que l'héritier doit transmettre le patrimoine au donataire, il n'en reste pas moins certain qu'il peut retenir la quarte Falcidie. Son droit est donc loin d'être purement théorique.

Nous le voyons donc, la donation de biens à venir, à l'encontre de l'institution contractuelle, respecte la liberté testamentaire. Reste maintenant à examiner si

comme cette dernière elle est inconciliable avec le formalisme Romain.

Au début lorsque toute donation ne pouvait se faire que par une *mancipatio* une *in jure cessio*, une *traditio*, que de plus la loi Cincia vint exiger dans tous les cas la tradition, la donation de biens à venir était impossible. Mais du jour où le pacte de donation fut sanctionné dans tous les cas par Justinien elle put avoir lieu.

Telle n'est pas l'opinion de tous les auteurs. Savigny déclare nulles les donations universelles de biens à venir. Troplong va plus loin, il décide qu'elles ne peuvent valoir si elles sont seulement faites à titre universel. D'Aguesseau, adoptant la théorie des pays de droit écrit, se contente d'exiger que le donateur se soit réservé de quoi pouvoir tester. Plus logiques Maynz et Van Wetter ne les considèrent comme valables dans aucun cas.

Le motif allégué par tous ces auteurs est que la donation de biens à venir vole la liberté testamentaire. Si les uns l'autorisent quelquefois, si les autres l'annulent toujours, c'est que les premiers estiment que dans la violation du droit de tester il existe des degrés, degrés qui varient suivant l'appréciation de chaque auteur; ce qu'avec raison les seconds se refusent à reconnaître. En pareil cas en effet il ne peut être question de plus ou de moins, l'ordre public étant en jeu. Il s'agit donc de savoir si la donation de biens à venir empêche ou si elle laisse subsister le droit de laisser son patrimoine à la personne de son choix.

Pour nous, elle laisse complètement intacte cette faculté. Elle ne supprime nullement l'existence d'un héritier institué ; nous n'irons toutefois pas jusqu'à dire comme certains qu'elle nécessite sa présence pour faire la délivrance des choses données ; car, au refus ou en l'absence de l'héritier, le donataire peut se faire envoyer en possession par le magistrat.

Aussi ne saurions-nous adopter l'opinion de Maynz et Van Wetter. Les raisons d'ailleurs qu'ils donnent pour arguer de nullité la donation de biens à venir ne sont ni exactes ni suffisantes, « puisque de leur aveu le donataire de tous biens présents et à venir n'est pas « considéré en droit Romain comme successeur universel, et s'il en est ainsi la faculté de tester demeure « entière ». Vainement dira-t-on que celui qui donne tout ne peut plus rien transmettre à ses héritiers, car alors même que l'on donne tous ses biens présents et futurs on peut faire des réserves.

D'ailleurs le donateur peut posséder des biens qu'il lui est défendu d'aliéner, des biens grevés de substitution. Il est de plus obligé de laisser la quarte Falcidie à ses héritiers ; « et enfin l'idée de succession est « indépendante des biens qui peuvent se trouver dans « la succession même » (1).

Remarquons aussi qu'à l'époque de Justinien la liberté testamentaire a déjà reçu bien des atteintes ; rappelons en passant les lois *Celia Sentia*, *Voconia*, la

---

(1) Molitor, T. 2, p. 319.

*quærela inofficiosi testamenti*, etc. Ce qui permettrait de croire que dans le cas où cette liberté testamentaire eût été autrefois un obstacle, elle serait devenue, grâce à ces restrictions successives, un empêchement de moindre importance.

Les textes que nous opposent les partisans de l'opinion que nous combattons sont au nombre de deux.

Le premier est la loi 5 au Code L. 5, T. 14. En voici la teneur :

« *Hæreditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes dotalite instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quæ dotis titulo non sunt obligata. Intelligis nulla actione posse convenire hæredes seu successores ejus ut tibi restituantur, quæ nullo modo debentur* ». Il a été convenu entre un mari et une femme dans l'*instrumentum dotalé* qu'à la mort de celle-ci ses biens paraphernaux appartiendraient au mari. Voi'à, nous dit-on, une convention dans laquelle une personne donne certains de ses biens pour après sa mort. Et cette convention qui n'est qu'une donation de biens à venir est à ce titre déclarée nulle.

C'est à notre avis fort mal interpréter ce texte. Que fait dans l'espèce la femme ? Son testament en quelque sorte par son contrat de mariage, puisqu'elle dispose de ses biens à l'époque de sa mort « *ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent* », à l'exception toutefois de sa dot.

La constitution de dot est une donation de nature particulière. En règle générale elle porte sur certains biens particuliers que la femme apporte à son mari « *ad onera matrimonii sustinenda* », et qu'elle distrait de son patrimoine. La validité de ce pacte n'a-t-elle pas été reconnue pour servir de contre-pied au régime de la *manus* sous lequel tous les biens actuels et futurs de la femme devenaient sans exception la propriété du mari. Donc, dans l'espèce, la donation des biens paraphernaux n'est autre chose qu'un acte contenant pour après la mort, la transmission de ce qui compose une succession. Et c'est à ce titre que la loi 5 l'a interdit. Les termes mêmes qu'elle emploie nous en montrent l'évidence : « *Hæreditas extraneis testamento datur* » : une succession ne peut être donnée à des étrangers que par testament. Aucun acte pas même le *pactum dotale* qui, à Rome comme partout ailleurs, a été vu avec le plus de faveur ne saurait le suppléer, ne peut venir « *vice testamenti* » pour employer les expressions mêmes de la loi.

Le deuxième texte qu'on nous oppose n'est pas plus concluant. C'est la loi 19 au Code L. 2, T. 3. Elle prévoit le cas où deux soldats au moment de la bataille conviennent réciproquement que la fortune de celui qui viendra à mourir appartiendra au survivant. « *Ut ad eum qui superstes fuisset, res ejus cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent* » ; et elle déclare valable entre militaires une pareille convention qui ne vaudrait rien entre particuliers. Cette convention n'étant qu'une donation de biens à venir est, dit-on, permise dans ce cas

seul. Ce qui indique clairement qu'en toute autre circonstance elle est nulle.

C'est, ce nous semble, fort mal interpréter cette loi. Il s'agit ici non d'une donation mais d'un testament. Ce n'est qu'un testament *in procinctu* exempté de la déclaration formelle devant l'armée représentant le peuple. Q'y a-t-il d'étonnant à ce qu'il soit dispensé de cette formalité, sachant de quelle sollicitude les empereurs entouraient les soldats auxquels le plus souvent ils devaient le sceptre. Cette nouvelle faveur ne doit pas nous surprendre (1). Ayant déjà déclaré qu'un simple changement de volonté suffisait pour révoquer un testament antérieur fait par eux, il n'y avait pas une si grande innovation à réaliser pour reconnaître la validité d'un testament fait par une déclaration contenue dans un pacte.

La pénurie des textes relatifs à la donation de biens à venir est encore une objection qu'on nous oppose. Si cet acte eût été permis, dit-on, on ne comprendrait pas qu'il ne fût traité nulle part des nombreuses questions qu'il aurait soulevé, et notamment au sujet des droits et obligations du donataire vis-à-vis de l'héritier et des créanciers de la succession.

A cela nous répondrons que la donation n'a jamais été à Rome, à beaucoup près aussi en honneur que chez nous.

---

(1) Maynz, T. 3, p. 309 et 310.

Au début même elle était très rarement employée, puisque « la convention de donation n'avait paru ni assez utile ni assez usitée pour mériter d'être classée parmi les contrats » (1). Sans doute la donation a pris dans la suite de l'extension, puisque Justinien a été conduit à lui donner une existence indépendante de l'acte par lequel elle s'exécutait. Mais ce n'est pas à dire qu'elle fût devenue d'un usage très fréquent, en tant surtout qu'elle s'appliquait à des biens à venir. Le génie du peuple Romain éminemment pratique et utilitaire s'y opposait. Nous ne sommes pas encore à l'époque où l'âme généreuse des Francs viendra faire de la donation un des contrats les plus usuels.

Ne voyons-nous pas au contraire les actes les plus fréquents dans la pratique des affaires être à peine mentionnés dans les codes les plus soigneusement rédigés. Telle est aujourd'hui l'assurance sur la vie. Aucun texte législatif n'en proclame formellement la validité, et cependant à chaque instant, depuis un demi-siècle, nous trouvons sur ce sujet des monuments très nombreux de jurisprudence. A côté ne voyons-nous pas plusieurs articles de notre code consacrés à la donation cumulative qu'à juste titre les notaires considèrent comme un mythe.

Terminons enfin en faisant remarquer que si la donation de biens à venir avait été prohibée on aurait pu facilement tourner la loi.

---

(1) Accarias T. 1, p. 302.

Les biens à venir pouvaient être donnés à cause de mort (1). Dans la suite le donateur pouvait s'interdire la faculté de révocation (2). L'acte devenait donc une

---

(1) La donation *mortis causa* put s'appliquer aux biens à venir de meilleure heure que la donation entre-vifs. Elle ne fut pas comme cette dernière soumise à la loi Cincia (Accarias, T. 1, p. 804, note 1). Les textes assez nombreux que nous avons sur la loi Cincia se réfèrent tous en effet à des donations entre-vifs. Il était d'ailleurs inutile d'appliquer cette loi à une donation dont le disposant restait absolument maître. Cela n'eut même pas profité à ces héritiers, puisque la donation *mortis causa* supposait une volonté qui persévérerait jusqu'au décès, et que précisément une telle volonté écartait l'application de la loi Cincia.

Il n'y a d'ailleurs plus de doute à partir de Justinien. Non pas que cet empereur ait sanctionné le pacte de donation *mortis causa* mais parce que, en faisant par la loi 4 au Code L. 8 T. 57 une assimilation complète entre cet acte et les legs, il déclara par le fait même que tous les deux pouvaient avoir le même objet.

Or les legs étaient susceptibles de comprendre des biens à venir ; ce qui nous conduit à conclure que les mêmes biens étaient transmissibles par donation *mortis causa*.

« Cette assertion (que le pacte de donation *mortis causa* n'a pas été sanctionné par Justinien) ne saurait être contestée, nous dit Accarias, car la constitution qui déclare le pacte de donation obligatoire est placée dans un titre absolument étranger aux donations *mortis causa* (L. 35. C. L. 8, T. 54). Et de plus Justinien explique qu'il ne s'applique qu'aux donations à l'égard desquelles on doit se demander si l'insinuation est nécessaire. Or les donations à cause de mort sont dispensées de cette formalité (L. 36, C. L. 8, T. 54).

(2) L. 27, D. L. 39, T. 6.

simple donation entre-vifs soumise à la condition de survie du donataire. Supposons au contraire que l'acte eût été primitivement fait entre-vifs ; le donateur aurait pu y stipuler qu'en cas de prédécès du gratifié les héritiers de ce dernier seraient obligés de rendre les biens déjà livrées et ne pourraient prétendre aucunement aux autres (1). Voilà donc deux actes qui produisent les mêmes résultats. Le premier indirectement le second directement. On ne peut admettre que l'un soit valable et l'autre nul (2).

Les arguments de l'opinion opposée réfutés, il ne nous reste plus qu'à édifier notre théorie. La voici en substance : Sous le régime de la loi Cincia les biens à venir n'étant pas susceptibles de tradition ne pouvaient être donnés. Mais lorsque Justinien, généralisant la réforme d'Antonin le Pieux, reconnut légalement le pacte de donation, ces biens purent être transmis gratuitement entre-vifs à d'autres personnes qu'aux descendants.

« Primitivement la donation n'était pas un acte originel, c'est-à-dire ayant sa forme propre et sa fonction déterminée comme la *mancipatio*, etc... Pour la

---

(1) L. 2, C. L. 8, T. 54. Cette loi autorise le retour conventionnel.

(2) Il sera souvent fort difficile de distinguer la donation entre-vifs de la donation à cause de mort. Ce sera une question de fait laissée à l'arbitraire du juge. « *In mortis causa donationibus etiam facti quæstiones sunt* » L. 13, § 1, D. L. 39, T. 6.

« réaliser il faut donc examiner dans chaque cas le  
« but immédiat auquel elle tend et recourir aux pro-  
« cédés que le Droit Romain organise pour atteindre  
« ce but » (1). Ces procédés ne permettaient pas la  
transmission entre-vifs des biens à venir pas plus que  
celle d'une universalité. Ajoutons aussi que la loi Cin-  
cia est venue renchérir en exigeant la tradition pour  
les donations faites *ultra modum* à des *personæ non  
exceptæ*.

Les textes du Digeste qui nous parlent des dona-  
tions universelles ne nous les montrent en effet que  
comme une série de donations particulières, s'appli-  
quant exclusivement à des biens présents. « *Pater,  
« emancipato filio, bona sua universa, exceptis duo-  
« bus servis, non mortis causa donavit... Quæ tibi  
« prædia donationis causa tradidi, cessi* » (2).

Nous possédons un texte beaucoup plus formel  
encore. Il est tiré des *Fragmenta Vaticana*, § 263.  
« *Nec venditio donationis causa bonorum omnium  
« valet, sed rerum singularum nominatim capit effec-  
« tum* » (3).

---

(1) Accarias. T. 1, p. 783, note 3.

(2) L. 37, § 3. D. L. 32.

(3) Laloi 16 au Digeste, L. 39. T. 5, ne contredit nullement ces  
textes. En voici la teneur. « *Ex hac scriptura sciant heredes  
mei, me vestem universam ac res cæteras quascunque in  
diem mortis mecum habui illi et illi libertis vivum donare :*

Aussi pouvait-on dire à cette époque : « Donner une « chose sans pouvoir en transférer la propriété c'est « comme si on ne donnait rien » (1). Ce qui n'est que la traduction de ce texte tiré de Paul : « *non videntur « data, quæ eo tempore quo dantur accipientis non fiunt* » (2).

Mais que se passait-il si la donation portait à la fois sur des biens présents et sur des biens à venir ? Etait-elle nulle pour le tout ? C'est l'opinion de Savigny. « Je ne saurais admettre, dit cet auteur, que « l'on valide un pareil acte en le restreignant aux biens « présents.. » ; (3) pour le maintenir il faut attribuer au donateur une volonté toute autre que la sienne.

C'est donc déjà reconnaître qu'une déclaration expresse suffit pour valider la convention quant aux biens présents. Nous irons plus loin, et nous déclarerons, qu'à défaut d'intention contraire, la donation de biens présents subsistera en vertu de ce principe : « *utile per inutile non vitiatur* », et auquel nous ne voyons dans la circonstance aucun motif de déroger.

---

*dominium ad libertos benigna interpretatione pertinere.* » C'est bien là une donation universelle de meubles au décès et par conséquent une donation de biens à venir, mais elle semble faite à la veille de la mort ; et pour ce motif la loi 16 précitée n'infirmé en rien notre théorie.

(1) Troplong, t. 23, p. 164.

(2) L. 167 D : L. 50 t. 17.

(3) Droit Romain t. 4, p. 148.

La nullité de la donation de biens à venir résulte donc d'une impossibilité matérielle de livrer des choses qui n'existent pas. Mais si dans la suite, de futurs les biens deviennent présents, et que la tradition en soit faite par le donateur, la donation sera valable. La ré-pétition ne pourrait être employée avec succès. La do-nation exécutée étant une *justa causa*, les biens sont effet devenus la propriété du donataire : « *At si donatio* » disait Cujas, *perficiatur traditione corporali, ut* « *voluit Constantinus, et veteres voluerunt, ut usus ma-* » *gis probeat, evidentissimum est non consistere rerum* « *futurarum donationem quia rerum quæ nondum sunt* » *nulla fieri potest traditio* » (1).

Cet obstacle résultant de la nécessité de la tradition devait disparaître en même temps que la loi Cincia.

Déjà même au II<sup>e</sup> siècle de notre ère nous voyons Antonin le Pieux dans une constitution dont le texte ne nous est pas parvenu, mais à laquelle il est fait çà et là quelques allusions (L. 4. C. Th. de don. L. VIII, 12. Frag. Vat. §§ 249 et 314. Paul, IV-1, § 2), décider que la simple convention de donner, pourvu qu'elle eût été écrite, et l'écrit remis au donataire (Frag. Vat., § 268 et 297) serait obligatoire entre ascendants et descendants.

Quatre siècles plus tard Justinien généralisant la réforme de son prédécesseur décréta qu'entre toutes

---

(1) Sur la loi 35 C. de Don.

personnes la simple convention de donation, écrite ou non écrite, deviendrait par elle-même une cause suffisante d'obligation. Au lieu donc de ne valoir comme autrefois que par l'exécution, elle emporta nécessité d'exécuter, et le donataire fut investi d'une *condictio ex lege* pour obtenir la translation de propriété, c'est-à-dire la tradition.

A partir de cette époque on put donc transmettre biens à venir et universalité : « *Si quis quærat, nous* » dit Cujas, *an etiam valeat donatio futurorum bonorum, præsentium et futurorum, dicam si donatio perficitur nudo consensu, vel stipulatione, ut voluit Justinianus ex hac lege, procul dubio etiam futurorum bonorum valet. Sicut pignus, nudo consensu, constituitur omnium bonorum præsentium et futurorum* » (1).

Les principaux textes sur lesquels on peut s'appuyer pour montrer la bonté du système adopté par l'éminent romaniste sont au nombre de trois. Ce sont les lois 3, L. 8, T. 54; 30, L. 2, T. 3; 35, § 4, L. 8, T. 54, toutes contenues dans le code de Justinien.

La loi 3, L. 8, T. 54 nous dit d'une façon fort explicite que la donation particulière d'un bien à venir est valable. « *Spem futuræ actionis plena intercedente donatoris voluntate transferri non imme-*

---

(1) Cujas, sur la loi 35 de Donat. au code. En ce sens d'Argentré. *Commentaire sur la coutume de Bretagne* : sur art. 218 p. 666.

*rito placuit.* » Une créance future peut donc être donnée. Pourquoi n'en serait-il pas de même d'un bien quelconque, surtout si on se rappelle les difficultés que rencontra la cession de créance ?

C'est ce que nous prouve la loi 30 L. 2 T. 3. Elle admet que la convention faite par des tiers relativement à la succession d'une personne vivante est valable quand celle-ci leur a donné son consentement et a persisté dans les mêmes dispositions jusqu'au moment de sa mort. Cette convention peut fort bien être une donation. Il serait alors étonnant que si la donation de biens à venir eût été interdite, Justinien n'eût point mentionné une exception contre elle, d'autant plus que les choses futures à l'exception des successions pouvaient faire l'objet d'un contrat, comme nous l'avons dit plus haut (page 16) (1).

---

(1) Cet empereur ajoute que cet acte n'était point inconnu avant lui, bien qu'il soit le premier à le mettre pleinement en lumière, « *licet a nobis clarius est introductum.* » On en trouve un exemple dans la loi 2 § 3 D. L. 31 T. 9 : Marcien y déclare exclu de la succession comme indigne, celui qui du vivant du *de cujus* a fait donation des biens de celui-ci à son insu (*vivi ignoranti*). Ce qui permet de supposer qu'au cas contraire, c'est-à-dire si le *de cujus* avait autorisé la donation, celle-ci eût été valable.

De cette loi on pourrait même aller jusqu'à dire qu'en pratique la donation de biens à venir, en tant tout au moins qu'elle s'appliquait à une succession était usitée depuis plusieurs siècles avant que Justinien ne vint donner dans tous les cas à cet acte une existence légale.

Si les biens à venir peuvent être donnés à titre particulier, leur transmission en tant qu'universalité ne fait pas plus de difficulté. La loi 35 § 4 L. 8 T. 54, nous en donne la preuve. « *Sed et si quis universita-*  
« *tis faciat donationem, sive bessis, sive dimidiæ par-*  
« *tis, sive terciæ, sive quartæ, sive quæcumque,*  
« *vel etiam totius, si de inofficiosis donationibus ratio*  
« *in hoc reclamaverit, coarctari donatorem legis nos-*  
« *træ auctoritate, tantum quantum donavit præ-*  
« *tare.* » Voilà une donation universelle qui peut com-  
« prendre les biens à venir. « En effet, dit Ricard, le  
« paragraphe 4 de cette loi confirmant la donation  
« universelle de tous biens et la déchargeant en même  
« temps de la nécessité de la tradition, il semble qu'il  
« y ait lieu de conclure que tous les biens qui peuvent  
« entrer dans la stipulation peuvent aussi être donnés  
« entre-vifs, puisque la stipulation est suffisante aux  
« termes de la loi pour rendre cette espèce de dona-  
« tion accomplie, et ainsi que l'universalité dont la loi  
« parle peut s'appliquer à l'avenir aussi bien qu'au  
« présent, d'autant qu'il ne se rencontre rien, ni en  
« l'un ni en l'autre qui résiste à l'esprit de la loi,  
« laquelle étant générale et indéfinie les particuliers ne  
« doivent pas entreprendre de la restreindre sans rai-  
« son et sans autorité. Et ce qui confirme cette preuve,  
« que l'esprit de la loi a été de comprendre tant les  
« biens à venir que les présents, est qu'elle suppose  
« que tous les biens du donateur peuvent être épuisés  
« par les donations qu'elle permet, et ne veut pas  
« néanmoins qu'elle reçoive aucun retranchement, si ce

« n'est en tant que la légitime des enfants s'y trouve-  
« rait intéressée, *si non de inofficiosi donationi-*  
« *bus...* » (1).

Nous n'irons toutefois pas jusqu'à dire que toute donation universelle portera, à moins de convention contraire, sur les biens à venir. Comme en matière de société, ces biens ne doivent être compris qu'en cas de stipulation expresse. La donation comme le fait remarquer fort justement Maynz est de droit strict.

Maintenant que me semble suffisamment établie la validité de la donation de biens à venir étudions en les effets, d'abord **entre les parties** et ensuite à l'égard des tiers.

Le donataire est pourvu d'une *condictio ex lege* ; il peut aussitôt obtenir la propriété des biens présents. C'est là le sens des mots « *coarctari donatorem prestare* » qu'emploie la loi 35 § 4 précitée (2) (page 31).

Il est vrai le donateur pourra se réserver l'usufruit des biens donnés. Le paragraphe 5 de cette même loi lui en donne le droit, et alors le donataire n'entrera en jouissance qu'au moment du décès.

Mais quand pourra-t-il réclamer les biens futurs ?

---

(1) Ricard. *Donations* 1<sup>re</sup> partie, 4<sup>e</sup> chap. 2<sup>e</sup> dist. § 978.

(2) C'est à tort que certains ont voulu voir dans ces mots que la donation universelle ne pouvait s'appliquer qu'à des biens présents.

Sera-ce du jour où ils tomberont dans le patrimoine du donateur, ou seulement à l'époque de la mort de ce dernier ? Nous adoptons sur ce point l'opinion de nos anciens commentateurs, et nous estimons que du jour où ils seront devenus la propriété du donateur, le donataire sera en droit de les réclamer. « *Interdum « pura stipulatio*, dit la loi 73 au Digeste L 45 T. I, « *ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod utero « sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari sti- « pulatus est : tunc enim incipit actio cum ea per « rerum naturam præstari potest* ». Ne peut-on pas dire par analogie qu'il en sera de même pour la donation. Peu importe en effet que dans l'espèce il s'agisse d'une stipulation ou d'une simple convention.

Il peut arriver également que le donateur se réserve l'usufruit des biens à venir. C'est son droit; et nous ne trouvons rien d'illicite à cela. D'ailleurs les termes généraux du paragraphe 5 de la loi précitée ne permettent pas le doute « *Sed si quidem in omnibus supradictis casibus usufructus fuerit a donatore retentus...* » Et ce paragraphe fait suite immédiatement à celui où Justinien proclame la validité de la donation de biens à venir.

Le donateur peut-il aller plus loin encore et reculer l'époque de l'exigibilité de la donation au moment de sa mort ? Une pareille clause pourrait-on nous dire, serait une violation à la règle que la donation doit être irrévocable. Il n'en est rien cependant. Nous voyons en effet la loi 37 §2 au Digeste L 32, autoriser dans certains cas le donateur à disposer d'une partie des objets donnés.

D'ailleurs ce n'est pas à Rome qu'il faut chercher l'origine de la maxime «donner et retenir ne vaut». cette règle vient de nos vieilles coutumes. Un droit qui admettait l'insertion dans une donation de conditions dépendant de la volonté du donateur (nous ne parlons pas de la condition purement potestative) ne peut revendiquer pour lui la paternité d'une telle règle. Nous ne trouvons pas en effet, comme dans notre code, de dispositions les prohibant. Si la donation est irrévocable, c'est qu'elle est comme tous les contrats, c'est-à-dire que si le donateur n'a opposé lors de l'échange des volontés aucune condition, et si la loi ne pose d'elle-même aucune clause de révocation le bien donné échappera définitivement au donateur : «*perfecta donatio postea conditiones non capit*» dit la loi 4 au code L 8 T. 55.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre la définition que Marcellus donnait de la donation entre vifs : «*Hæc «proprie donatio appellatur, cum dat aliquis eo mente « ut statim velit accipientis fieri* » (1). Il suffit pour que la donation soit valable que le gratifiant soit lié aussitôt, mais il n'est nullement nécessaire que la chose devienne immédiatement la propriété du donataire. La place de « *statuit* » à côté de « *velit* » indique clairement que telle était la pensée du jurisconsulte Romain.

---

(1) L. 1, pr. Dig. L. 39, T. 5.

Le donataire étant propriétaire au jour du décès s'adressera à l'héritier pour se faire mettre en possession. C'est à lui qu'il demandera la tradition des choses corporelles, la cession des créances. Il est vrai la présence de cet héritier n'est pas indispensable. S'il venait à manquer le donataire arriverait au même résultat en obtenant du prêteur la *missio in possessionem* de la succession vacante.

Passons maintenant aux effets de la donation à l'égard des tiers. Qu'elle s'applique à des biens présents ou à des biens à venir la situation du donataire sera la même.

S'agit-il d'une donation particulière il ne sera jamais tenu des dettes par action personnelle.

Il n'en sera pas de même s'il est universel ou à titre universel; il devra supporter les dettes en vertu du principe « *ubi emolumentum ibi onus esse debet.* » Si le donateur ou ses héritiers sont toujours tenus en premier lieu à l'égard des créanciers, ceux-ci ont contre le donataire une *actio prescriptis verbis* (1), même si ce dernier avait été déchargé des dettes (2). En retour comme il a le droit d'exiger la cession des créan-

---

(1) L. 28, Dig. L. 39, T. 6.

L. 22, Code L. 8, T. 54.

(2) Savigny. *Traité de Droit Romain*, T. 4, p. 143. Avant Justinien lorsque la donation universelle ne pouvait être considérée que comme une série de donations particulières, le créancier lésé pouvait avoir recours à l'action Paulienne.

ces il peut intenter « *utiliser* » les actions du créancier qui doivent lui être cédées (1).

La validité de la donation de biens présents et à venir établie et ses effets déterminés, il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots sur une question qui s'y rattache étroitement : l'INSINUATION était-elle requise en pareille matière ?

A notre avis elle était nécessaire et quant aux biens présents et quant aux biens à venir. Pour s'en convaincre il suffit d'examiner quel but se proposèrent les empereurs lorsqu'ils créèrent cette formalité.

Elle fut d'abord une mesure de protection dans l'intérêt du donateur, un appel à ce sentiment du « qu'en dira-t-on ». La publicité des donations empêchera les libéralités honteuses, et peut être dans le magistrat chargé d'enregistrer l'acte, le donateur trouvera-t-il un sage conseiller. Ce qui explique pourquoi le donateur peut lui-même se prévaloir du défaut d'insinuation, et pourquoi primitivement en étaient exemptes les donations faites à *personæ exceptæ*, proches parents à l'égard desquels la libéralité a été inspirée par l'affection plutôt que par la passion (2).

C'est également une formalité protectrice pour les tiers. « On veut, nous, dit M. Larnaude, que les per-

---

(1) *Molitor* T. 2, p. 319.

(2) M. Glasson dans son étude sur les donations à cause de mort, M. Laurent dans ses *Principes* (T. 12 p. 452) y voient même là le seul motif.

« sonnes qui ont traité ou qui vont se trouver en relation d'affaires avec le donateur sachent qu'il s'est « dépouillé à titre gratuit de son patrimoine ». On veut que la publicité arrête les tromperies et les dissimulations « *Quæ omnia consignare actis iudicis præstat, « ut res multorum mentibus, oculis, auribus testata, « nullum effugiat, cujus aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat* (1).

Au besoin même l'insinuation peut servir de moyen de preuve au donataire. C'est aussi « une précaution « qui semble avoir pour but d'assurer la conservation « de l'acte, car un document privé peut être égaré « falsifié ou dénié (2). » « *Ut insinuent instrumenta: « et profiteatur eo sub gestis monumentorum ipsi contrahentes quatenus priventur nequitia, corruptione « et falsitatibus* (3) ».

Que la donation soit de biens présents ou de biens à venir le triple intérêt existe moins grand il est vrai dans le second cas.

D'abord le donateur pourra se prévaloir du défaut d'insinuation pour faire annuler la donation, et son intérêt est évident s'il ne s'est point réservé l'usufruit. Si les biens ne doivent être transmis qu'à la mort, l'héritier ne sera pas par ce moyen exposé à accepter une succession qui ne lui rapporterait que des ennuis

---

(1) *Frag. Vatic.* § 249.

(2) Viollet, p. 779.

(3) Nov. 73, chap. 7, § 3.

quelquefois aussi des dettes à payer. D'un autre côté les créanciers pourront être prévenus à temps pour exercer l'action Paulienne et faire rescinder un acte qui leur porterait préjudice. Enfin il est de toute évidence qu'au point de vue de la conservation de l'acte, l'intérêt est le même.

La loi 36 au Code L. 8. T. 54 vient nous confirmer : Lorsqu'elle énumère les donations dispensées d'insinuation, elle ne mentionne pas la donation de biens à venir. En dehors de celles pour lesquelles elle établit l'exception, toutes, nous dit-elle, doivent sans distinction être consignées dans les *acta* « *Cæteris etiam* « *donationibus, quæ gestis intervenientibus minime* « *insinuatae, sine aliqua distinctione, usque ad quingentos solidos valituris.* » La donation de biens à venir sera donc nulle pour ce qui dépassera cinq cents solidus.

C'est d'ailleurs l'opinion de M. Larnaude. « Toutes « les fois, nous dit l'éminent professeur (1), qu'il y aura « donation, quelle que soit la manière dont cette donation se réalise, quels que soient les biens qu'y seront « compris il faudra la faire insinuer, à moins toutefois « que la loi elle-même par une faveur quelconque ne « la dispense expressément de cette formalité. »

En RÉSUMÉ si l'institution d'héritier par contrat a de tous temps été interdite à Rome il n'en a pas été de

---

(1) Thèse, page 40.

même de la donation de biens à venir et de donation de biens présents et à venir.

Primitivement comme la donation n'avait pas de forme propre et qu'elle devait être suivie de *traditio* la donation de biens à venir était impossible. Si elle portait sur des biens présents et sur des biens futurs elle était, quant aux premiers, valable, à moins de convention contraire.

Antonin le Pieux apporta une grave dérogation à ce principe. Il décida que la convention de donner pourvu qu'elle eût été écrite et l'écrit remis au donataire serait obligatoire entre ascendants et descendants.

Quatre siècles plus tard Justinien généralisant la constitution de son prédécesseur valida le pacte de donation sans distinguer si un écrit avait été rédigé et si le donataire était un parent en ligne directe ou toute autre personne.

A partir du vi<sup>e</sup> siècle, la tradition n'étant plus exigée, les donations de biens à venir et les donations de biens présents et à venir furent donc possibles. Les biens, objet de la libéralité, devenaient la propriété du donataire soit du jour de la donation, quant aux biens présents, soit du jour où ils tombaient dans le patrimoine du donateur quant aux choses futures. Toutefois par une clause contraire ce dernier pouvait se réserver la propriété des biens donnés et par conséquent reculer jusqu'à son décès l'époque de l'exigibilité de la donation.

Enfin comme toute donation elles devaient être insinuées si elles dépassaient cinq cents *solidi*.

## DEUXIÈME PARTIE

# ANCIEN DROIT

---

### CHAPITRE PREMIER

DEPUIS LA CONQUÊTE DES FRANCS JUSQU'AU XII<sup>e</sup> SIÈCLE

Il semblerait de prime abord que la donation de biens à venir, et la donation de biens présents et à venir ne pouvaient exister chez les Gaulois ; un simple pacte ne pouvait, comme dans le dernier état du droit Romain, donner naissance à la donation. Cette dernière devait être accompagnée de tradition, chose qui n'est pas susceptible de s'appliquer aux biens à venir. « Le vieux droit, dit M. Esmein, exige pour « faire naître un contrat obligatoire non seulement la « déclaration de volonté de part et d'autre, mais aussi « l'intervention d'un acte qui mette hors de doute le

« consentement » (1). Et cet acte consistait dans la tradition et des formes symboliques qui accompagnaient les contrats.

Il y avait de plus en matière de donation ceci de particulier : la tradition était une condition essentielle non seulement du transfert de la propriété au donataire comme en matière d'aliénation, mais encore de la validité de l'acte lui-même (2).

Aussi les lois barbares exigent-elles expressément la **tradition réelle** en matière de donation « *Et cor-  
« poralis traditio*, dit le Breviaire d'Alaric, *subse-  
« quatur ad excludendam vim et irruptionem.* »

La loi wisigothique barbare est conçue dans le même sens, bien qu'elle insiste surtout sur la tradition symbolique par remise de la charte.

Pareille disposition se retrouve dans le Papien « *De  
« animabus... vel aliis quæ pondere, numero mesu-  
« rare constant, omne donandi solemnitatem in sola  
« traditio posse constare.* »

Nous voyons dans la suite Charlemagne par un capitulaire de 801 nous montrer la nécessité de la tradition. « *Postquam hæc traditio facta fuerit heres  
« illius nullam de predictis rebus valeat facere repe-*

---

(1) *Etude sur les contrats dans le très ancien droit Français*, p. 7.

(2) Voyez Beaune, t. 4 p. 79.

« *titionem*. » La tradition rend donc irrévocable la donation (1).

A côté de la tradition réelle existait aussi la **tradition symbolique**. Ce que La Ferrière (2) dit en particulier de la Bretagne doit s'étendre au reste de la Gaule. Le droit de Bretagne exigeait, nous dit-il, la tradition réelle si elle était possible ; l'acquéreur ou le donataire ouvrait les portes, allumait le feu du foyer, portait le coup de bêche dans la terre. La tradition pouvait se faire sous forme symbolique par l'épée, le casque du maître, par la remise d'une corne de bœuf ou par celle d'un rameau, d'une baguette, d'un gant, d'un couteau (3), par pallium, par une croix suspendue au cou, par l'offre d'une coupe pleine de vin (4).

---

(1) Voy. D'Espinay, p. 259.

*Histoire de la législation des Germains*. T. I, p. 151.

Desjardins, p. 326.

Ce capitulaire de Charlemagne destiné à transporter en Lombardie le droit gallo-franc, décide en outre qu'à l'avenir le donateur ne pourra plus, comme cela était permis sous l'empire de la loi lombarde donner échanger, vendre les biens déjà donnés à un tiers. Après la tradition des objets donnés, la donation devenait irrévocable. Tout au plus le donateur pouvait-il se réserver l'usufruit.

(2) T. 2, p. 134.

(3) Cartulaire de l'Abbaye de Redon. Prolégomènes, p. 258.

(4) Le cartulaire de Quimperlé contient sous la date de l'an 458 un acte précieux fait au lieu de Ninnoë en présence des grands de la Letavie, par lequel Guereck roi ou duc de la petite Bretagne

La tradition pouvait avoir lieu également par la remise de la charte. « Une donation ne peut être annulée quand l'objet a été transmis ou si l'objet se trouvait dans un endroit éloigné quand l'acte seulement en a été délivré » (1).

Le cartulaire de Saint-Bertin nous montre qu'en Vermandois, cette forme de tradition était très usitée. Les mots « *per hanc paginam traditionis* » se rencontrent à chaque instant dans ce cartulaire.

Les Barbares connurent également la **tradition feinte**. La réserve d'usufruit était autorisée et n'empêchait pas la donation d'être valable. Toutefois, la loi barbare des Wisigoths considérait la donation avec réserve d'usufruit comme révocable *ad nutum* (2). Cependant, les parties pouvaient rendre irrévocable la libéralité en faisant une simple donation suivie de l'abandon de l'usufruit par le donataire. « *Sed dum vivo*, dit une charte « de 1070, *per manum abbatis et jussionem, simul que monachorum ejus, usum et fructum retineo; post mortem vero meam, omnes heredes meos, inde excludo* » (3).

---

fait en l'honneur de Saint Ninnoë un don considérable de terres cultivées et incultes, et « pour corroborer le privilège de ma donation, j'offre dit-il, ce calice d'or plein de vin pur avec sa patène. » Cité par la Ferrière. T. 3, p. 200.

(1) *Histoire de la législation des Germains-Wisigoths*. T. I, p. 151.

(2) Valter. *Corpus juris antiqui*, T. I, p. 516.

(3) *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. I, p. 238, f. 217.

La règle spéciale aux barbares Wisigoths ne paraît pas du reste avoir eu une influence durable. La tradition feinte dans les donations continue à être mise sur la même ligne que la tradition réelle, sans que la réserve d'usufruit implique pour le donateur une faculté particulière de révocation (1).

---

(1) Desjardins, p. 220. « Dès les premiers temps de notre histoire, il arrivait assez souvent que ceux qui faisaient des libéralités aux églises ou aux monastères se réservassent l'usufruit. »

De Rozière, f. 214-215-216-217-219-236.

Les cartulaires contiennent beaucoup d'exemples de donations faites avec réserve d'usufruit.

*Cartulaire de l'Abbaye de Chartres*, t. 1, p. 95 anno 1024.

*id.* T. 2, p. 861, (1101 à 1139).

*id.* P. 552, f. 46 (1106 à 1116).

*Cartulaire de Saint-Bertin*, p. 40, f. 111.

*Cartulaires angevins*, p. 258.

*Cartulaire de Marmoutiers*, f. 44, p. 41 anno 1019. « *Dimidium ad præsens et post matris alteram medietatem.* »

*id.* f. 98 p. 99, (1018 à 1052). Réserve de la 1/2 en usufruit : « *Eo retinente ad suos usus ad præsens, in sua videlicet vita, medietatem omni modi redhibitionis.* »

*Cartulaire de St-Loup de Troyes*, f. 209, p. 240 septembre 1219.

*Cartulaire de N.-D. de Paris*, T. 1, 3<sup>e</sup> partie, p. 380, f. 12, circa 1120.

*id.* p. 413 anno 1108.

*Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. 1, p. 517, f. 524, XI<sup>e</sup> siècle. Donation universelle avec réserve d'usufruit de la moitié.

*id.* t. 1, p. 598, f. 604 (1021-1044). Donation à titre particulier avec réserve d'usufruit.

La tradition fictive se trouve donc à côté de la tradition réelle. Cependant elle a dû apparaître postérieurement. « A priori, dit M. Desjardins, on peut douter « que la tradition feinte ait été admise en même temps « que la tradition réelle. C'est toujours la réalité qui « commence, la fiction n'est qu'un adoucissement, « comme un moyen d'éluder une nécessité de droit, « quand celle-ci ne répond plus à un besoin de pratique » (1).

Notons enfin que la tradition soit réelle (2) soit feinte (3) est mentionnée dans les chartes elles-mêmes. Les mots *trado*, *transfundo* font souvent suite aux mots *dono*, *concesso*.

La tradition était donc exigée en matière de dona-

---

*id.* t. 1, p. 649, f. 696 (1029). Donation avec réserve d'usufruit de la moitié.

*id.* t. 2, p. 145, f. 794 (1030). Donation universelle avec réserve d'usufruit, « *excepto unum mansum quod in vestitu præsentis dono.* »

(1) p. 219.

(2) Cartulaire de Saint-Victor de Marseille f. 28.

La Chartre f. 785 de 1127 est ainsi conçue : « *Hoc transactionis donum firum et nexibus stipulationibus, vallatum cum traditione factum, tibi et successoribus tuis in perpetuum permancat.* »

(3) De Rozière f. 213, 214, 216.

Cartulaire de Marmoutiers, f. 247, p. 230 (1240).

*id.* f. 278, p. 246 (1288).

Cartulaire de Saint-Victor de Marseille f. 234 p. 259, circa 1035.

tion, comme nous venons de le faire remarquer : elle était une condition non seulement du transfert de la propriété au donataire mais encore à la validité de l'acte lui-même.

Il semblerait donc à cette époque que les biens à venir ne pouvaient faire l'objet d'une donation. Ils ne peuvent en effet être livrés puisqu'ils n'existent pas.

Toutefois remarquons que si la tradition réelle ou feinte s'y opposait, la tradition symbolique n'y faisait point obstacle.

Aussi voyons-nous la loi salique autoriser la donation universelle de tous biens présents et à venir dans un cas particulier : nous voulons parler de L'AFFATOMIE. C'était une donation d'une nature toute spéciale et qui remplaçait chez nos ancêtres le testament qu'ils ne connaissaient pas. Par cet acte toute personne sans enfants pouvait disposer entrevifs, comme bon lui semblait, de tous ses biens. « Les lois et le droit permettent, « dit une charte de 709 du comte Angelbert, et le Pac-  
« te des Francs porte que chacun fasse de ses biens ce  
« qu'il voudra et jouisse à cet égard d'un plein pou-  
« voir » (1).

La loi salique énumère longuement toutes les formalités qu'entouraient l'accomplissement de cet acte.

La loi ripuaire, écrite un siècle plus tard, et par conséquent plus perfectionnée se contenta de l'écriture « *per seriem scripturam* » comme toute tradition.

---

(1) Citée par LaFerrière t. 3, p. 200.

Nous ne nous étendrons pas plus longuement sur ce contrat. Son étude fait partie de celle de l'institution contractuelle à laquelle elle a donné naissance et dont nous n'avons pas à parler dans ce travail.

Le droit Lombard connaissait également la donation de biens à venir, que certains auteurs appelle à tort, dans ce cas, donation testamentaire. Ce qui laisserait supposer qu'elle n'est qu'une donation à cause de mort. Cette donation s'appelait *garathinx*, et lorsqu'elle portait sur un capital elle se nommait *garathinx par lido-laip*. Lorsqu'une pareille donation avait eu lieu le donateur ne pouvait dilapider ce qu'il avait donné ; tout au plus avait-il le droit de s'en aider pour vivre, et s'il se trouvait dans la nécessité de vendre il devait préalablement demander du secours au donataire (1).

En dehors de la loi lombarde nous ne trouvons aucun autre texte législatif autorisant la donation de biens à venir proprement dite. En retour nous rencontrons un très grand nombre de chartes de donations *post obitum*, *post decessum*, *post depositionem corporis*. Il semblerait alors que la donation de biens à venir fût très usitée en pratique.

Il n'en est rien cependant ces donations *POST OBITUM* ne sont le plus souvent soit que de simples donations de biens présents avec réserve d'usufruit, soit que des donations à cause de mort, soit enfin que des *precaria*

---

(1) *Histoire de la législation des Germains*, T. 2, p. 149.

Quelquefois il arrivera qu'elles sont de véritables donations de biens à venir.

Le plus souvent les donations *post obitum* ne seront que des **donations avec réserve d'usufruit**. Ceux en effet qui rédigeaient la charte ne connaissaient pas toujours la portée exacte des mots (1), et souvent pour eux *post obitum* était synonyme de *retento usufructu* (2).

D'un autre côté cette donation pouvait fort bien n'être qu'une **donation à cause de mort**.

La donation à cause de mort était en effet connue des Francs. Un capitulaire de 803 en proclame la validité (3); mais il est probable qu'elle fut usitée beaucoup plus parmi les Gallo-romains que chez les barbares eux-mêmes. Cependant nous trouvons bon nombre de donations faites « *pro remedio animæ* » : ce qui indique des libéralités faites en considération de l'autre vie (4).

---

(1) Cartulaires angevins, p. 261 et s.

(2) Les chartes ci-dessous renferment des donations *post obitum* qui se réduisent à une simple donation de biens présents avec réserve d'usufruit.

Cartulaire de l'Abbaye de Chartres. T. 1, f. 73, p. 986.

id. T. 2, p. 293 vers 1110.

Cartulaire de St-Bertin. f. 40, p. 111.

Cartulaire de Redon, p. 153, f. 197 (833-839).

Cartulaire de St-Victor. T. 1, p. 24 f. 519. 17 juin 1020.

id. T. 2, p. 421, f. 416. (1055.)

(3) Cartulaires angevins, p. 265.

(4) Beaune, p. 69.

Il semblerait que ces donations seraient devenues plus fréquentes vers le *xr*<sup>e</sup> siècle. Beaucoup de chartes et en particulier celles

« D'ailleurs nos cartulaires, ajoute d'Espinay, en  
« fournissent de nombreux exemples. Ainsi Herbert  
« et sa femme donnent à Saint-Serge divers objets mo-  
« biliers et immobiliers pour en jouir dès à présent. Si  
« les donateurs qui partent pour Jérusalem meurent  
« dans leur pèlerinage les moines garderont tout. Si  
« l'un d'eux revient seulement, ils lui rendront sa part ;  
« s'ils reviennent tous deux ils auront l'usufruit leur  
« vie durant, et les moines ne reprendront les biens  
« qu'à leur mort » (Cartulaire de Saint-Serge, f. 71) » (1).

La donation *post obitum* pouvait souvent cacher un *precaria*.

La « *precaria* » était un contrat par lequel une personne faisait abandon à l'Église (2) de tout ou partie des biens qu'elle laisserait à l'époque de sa mort. En contre-échange l'Église lui donnait une quantité égale

---

du cartulaire de Redon commencent ainsi : « *Mundi termino  
appropinquante, ruinis crescentibus, jam certa signa mani-  
festantur, id circo ego, considerans gravitudinem peccatorum  
meorum...* p. 28, f. 32, f. 35, f. 40.

*id.* p. 40, f. 50.

*Id.* p. 41, f. 52.

*id.* p. 217, f. 852.

(1) *Loc. cit.*

(2) Lorsque l'abandon était fait à toute autre personne qu'à l'église le bien portait le nom de bénéfice.

C'était le système de la recommandation des terres, qui permettait aux petits propriétaires de placer leurs biens et leur fortune sous la sauvegarde d'un seigneur capable de les défendre.

de biens (1). Lorsqu'elle se trouvait en présence de personnes ne possédant pas de biens elle leur octroyait des immeubles à charge par ces dernières de les exploiter et de lui payer un cens en argent ou en nature (2).

Durant sa vie le précariste avait un droit d'usufruit sur les biens par lui et à lui concédés. Après sa mort tous ces biens retournaient à l'église. Il pouvait arriver toutefois que cette dernière confirmât la *precaria* sur la tête des enfants (3). Cette confirmation fut même déclarée obligatoire par un capitulaire de 809 lorsque les héritiers du précariste étaient pauvres (4).

---

(1) Cart. de Saint-Victor, T. I, p. 171, f. 147, (1090). Donation au monastère (*post obitum*) d'une vigne moyennant la concession par celui-ci d'une autre vigne.

(2) C'est à cela que font assurément allusion certaines chartes lorsqu'elles nous disent que la donation est faite *sine censu, sine tributo, sine pastu caballis ulli homini...* Elles entendent par là qu'il y a une véritable donation et non un *precaria*.

Le cartulaire de Redon renferme plus que tout autre des chartes contenant ces expressions.

(3) Cartulaire de N.-D. de Paris, T. I, 2<sup>e</sup> partie, p. 325, f. 17, (1025).

Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, T. I, p. 218, f. 191. (1080). Cette charte contient une transaction entre deux frères et le monastère, au sujet d'une donation d'un autre frère décédé. Le monastère concède à titre de précaire à eux et leurs enfants ce que le frère décédé lui avait donné.

Cartulaire de N.-D. de Chartres, T. II, p. 277, anno 1127.

(4) Guetat, p. 210.

La *precaria* différait complètement du précaire Romain. La

La *precaria* portait le plus souvent sur des biens présents ; mais elle pouvait aussi s'appliquer à des biens à venir. Nous voyons en effet l'abbaye de Chartres concéder à titre de *precaria* une maison. En retour le précariste donne le tiers de ce qu'il aura dans cette maison le jour de son décès. « *Rogavit me ut domum quandam, quam habebamus ante ecclesiam nostram ad vitam ei præstaremus... Illud quoque adjecit ut omnium rerum quas in domo illa haberet in die mortis sue, terciam partem haberemus ; reliquas duas partes, sicut ipse nobis ordinaret, divideremus* (1). »

La donation *post obitum* pouvait cependant être une véritable donation de biens à venir.

Cette donation pouvait être soit universelle soit à titre universel soit à titre particulier.

Les chartes qui mentionnent les **donations à titre particulier de biens à venir** sont peu nombreuses.

Cependant nous en rencontrons quelques-unes (2), surtout dans les cartulaires angevins. Nous voyons un fils donner le douaire de sa mère après la mort de celle-ci. C'est ainsi que Geoffroi du Jaze fit donation du monastère de saint Serge du *dotalicium* de sa

---

seule ressemblance qui existât entre ces deux actes était qu'ils avaient lieu à la demande du précariste.

(1) *Cartulaire de l'Abb. de Chartres*, t. 2, p. 320, Circa 1101.

(2) *Cartulaire et divers actes des Alamans*, p. 73.

mère, celle-ci consentant. La donation pouvait également porter sur tout autre bien appartenant à cette dernière. « *Promisit in super illam partem quam in eodem altare mater ejus habebat, post mortem vi-* »  
« *delicet matris suæ* (1). »

Le cartulaire de la Trinité de Vendôme nous fournit un exemple d'une donation d'une succession non encore ouverte (2). « *Et ipsa Roiantdrech, propria voluntate, donavit omne debitum et annonam et argentum et opera et quidquid debeat accipere ex hereditate Ritueten presbyteri* (3). »

Quelquefois la donation portait sur une construction future. C'est ce qui résulte d'une charte de donation faite par un chanoine à l'abbaye de Redon « *Domus... reservetur libere ad predictam ecclesiam post obitum meum, vel seculi mutationem cum omni melioratione et super edificatione tam predictæ domus quam platee prenominate* » (4).

---

(1) *Cartulaires angevins*, p. 268. (Saint Serge, f. 193).

Egal. *Cartulaire de Redon*, p. 129, f. 161 (797-814).

(2) *Cartulaires angevins*. Saint Serge, f. 50.

*Id.* Sainte Trinité de Vendôme. « *Donavit illis omnem suam partem que sibi de Buiscello conveniebat et matris.* »

Les cartulaires angevins mentionnent encore une donation faite par un neveu d'un bien particulier appartenant à son oncle.

(3) p. 147 f. 190, 21 avril 863.

Egalement *cartulaires angevins*, *loc. cit.*

(4) *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Loup de Troyes* f. 117, p. 235 (1216.) — f. 176 p. 224, (1216).

La donation à titre **particulier** pouvait quelquefois aussi comprendre des **biens présents et des biens à venir**.

C'est ainsi que nous voyons deux frères faire une donation sous cette condition : « ..... *Quod nos quamdiu « vixerimus, omnes prebendas predictas, tam veteres « quam novas, factas et faciendas, integras et dimi- « dias, pro nostra donabimus voluntate, post obitum « vero nostrum donatio quatuor veterum prebendarum « ad dominium Braie et successores ejus perpetuo « pertinebit. De aliis vero videlicet, de factis et fa- « ciendis, de integris et dimidiis, ita statutum quod, « post mortem nostram, donacio earum ad Parisien- « sem episcopum et dominum Drocarum communiter « pertinebit »* (1).

Le cartulaire de Saint-Victor de Marseille nous montre également plusieurs personnes faisant une donation de certains de leurs biens présents et de leurs acqui-

---

Egalement *Cartulaire de N.-D. de Paris*. T. I, 2<sup>e</sup> partie, p. 395, f. 26 circa 1213 : « *Notum... Helloinus domum quandam in Fimo sitam, supra Secanam, nobis post decessum suum perpetuo concessisset, tandem, ei Helloino, pro melioratione quam in eadem domo se facturum promisit, benigne concessimus, ut post ipsum duo nepotes domum ipsam communiter possideant et mercedem domus inter se equaliter dividant, quandiu vixerit. Si autem alter eorum decesserit, ad alium tota domus deveniat, et post utriusque decessum, ad ecclesiam nostram libere revertetur ».*

(1) *Cartulaire de N.-D. de Paris*, T. I, 1<sup>re</sup> partie, p. 139, f. 161 (1209).

sitions futures « *Donamus aliquid de alode nostro... et quicquid in futuro adquirere, potuerit omnia tradimus* » (1).

Par les quelques exemples que nous venons de citer, nous venons de voir que la donation à titre particulier de biens à venir pouvait avoir lieu, sans que pour cela elle fût d'un usage très fréquent en pratique. Il semblerait, au contraire, en consultant les cartulaires, que la **donation universelle de biens à venir** était très employée.

Il faut cependant se garder d'une confusion d'autant plus facile à faire, qu'à cette époque on ne connaît pas très bien la portée des termes juridiques.

Il existait, en effet, entre l'affatome ou institution d'héritier par contrat, et la donation universelle de biens à venir une très grande ressemblance. Aussi est-il parfois fort difficile de discerner si les chartes ont trait à l'une ou à l'autre.

Cependant l'emploi de certaines expressions telles que *testamentum*, *institutio* etc., nous permettra quelquefois de discerner une véritable institution d'héritier. On ne peut, en effet, voir une donation universelle de biens à venir lorsque nous rencontrerons des chartes

---

(1) T. I, p. 259, f. 234, a. 1035,

Id. p. 451, f. 216, a. 1055 : Donation par deux époux, avec dessaisissement actuel de « *Tres agripennos terre, quos apud Bellum Locum habebant... Dederunt insuper nobis duas domos post utriusque de præsentī vita decessum, habendas* ».

ainsi conçues : « *Ego felix hoc testamentum a me factum religi et subscripsi* » (1); ou bien « *Deprecans eos ut susciperent hæreditatem suam in elemosina æterna* » (2); ou encore : « *post decessum suum nos hæredes instituit* » (3).

Quelquefois au contraire nous rencontrerons de véritables donations de biens à venir. Tantôt elles porteront sur tous les biens que le donataire possèdera au décès : « *Concesserunt, ut quicquid ipsi in vita sua deinceps acquirerent, monachi post obitum eorum sine aliqua calumniâ acciperent et possiderent* » (4).

Tantôt elles se réduiront aux meubles qui se trouveront dans la succession du donateur « *Fecit in capi-*

---

(1) *Cartulaire de Saint-Berlin*, f. 32 p. 53. 23 juillet 745.

(2) *Cartulaire de Redon*, p. 23, f. 28.

(3) *Cartulaire de l'abbaye de Chartres*. T. 2, p. 339, Circa 1110: Donation universelle de tous biens à charge d'inhumer.

(4) Cité par d'Espinay, p. 268. *Cart. de Saint-Maur*, n° 54, anno 1138. Cet auteur mentionne d'autres chartres que nous croyons utile de transcrire : « *Et cætera vero omnia quæcumque habebat (Garinus) vel requisiturus erat post suum obitum Sanctæ Mariæ concessit et donavit. Et esset stabile firmum donum istud altare Sanctæ Mariæ posuit* ».

*Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, T. 2, p. 380, f. 375, anno 1042 : « *Donanus igitur quicquid ex nostro hæreditate ibidem inveniri potest* ».

Id. p. 490, f. 486, anno 1007.

*Cartulaire de Marmoutiers*, f. 116, p. 109 (1050-1068).

*Cartulaire de Redon*, p. 153, f. 197 (833-839).

« *tulo nostro sanctum Petrem heredem totius sub-*  
« *stantie sue mobilis que ei in suam partem morienti*  
« *eveniret. Similiter fecit uxor ejus in manu ipsius,*  
« *non enim habebant filios ; et ita concesserunt ut*  
« *quisquis eorum moreretur ejus partem statim habe-*  
« *remus, deinde, alio moriente, reliqua* » (1).

La donation pouvait aussi porter sur l'universalité  
« **des biens présents et à venir** » *Omnia quæ tunc ha-*  
« *bebant*, dit une charte du Cartulaire de Redon, *vel*  
« *adquisituri, sive immobilibus rebus, sive in terris*  
« *aut vineis nec non pratis atque domibus, et insuper*  
« *loco sancti Salvatoris heredem suum fecerant de*  
« *omni sua re post mortem suam* » (2).

---

(1) Cartulaire abbaye de Chartres, T. 2, p. 344, Circa 1100.

id. p. 260, f. 300, (1066-1075).

(2) Cartulaires angevins, p. 268 : « *Et ibi fecerunt donationem*  
*de omni suo habere quod tunc habebant vel habere potuerint*  
*ad diem obitus sui.* (Donation faite à Saint-Serge par deux époux  
sous l'abbé Daibert. Cod. sec., n. 86).

Cartulaire de Saint-Victor de Marseille, T. 2, p. 139, f. 788  
(1017) : « *Donamus., et cum omnibus rebus quas adquisierit*  
*in future tempore* ».

id. T. 2, p. 140, f. 789, (1037) « *Donamus., id est*  
*que ad præsens habere videtur et que in futuro adquisierit.* »

id. T. 2, p. 303, f. 905.

De Rozière, f. 213.

Cartulaire de Redon, p. 265, f. 313. Donation à l'abbaye par  
quelqu'un qui s'y fait moine : « *Ideo cedo ad præsentem ad su-*  
*prædicta basilica et monachi ibi consistentes, cessumque in*  
*perpetuum esse volo porciones meas in loco nuncupato, sitas in*

Le donateur avait le droit de se réserver soit la propriété d'un objet déterminé (1), soit simplement l'usufruit d'un objet particulier (2) ou d'une quote-part (3) ou même de l'universalité des biens (4).

La donation pouvait également être faite sous condition (5).

En résumé si nous trouvons une assez grande quan-

---

*pago illo que mihi tam de alode quam de comparato vel de quacumque libet adtracto advenit, vel advenire potest legibus in supra memorata loca ».*

Même cartulaire, p. 266, f. 344, circa 1100.

(1) *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. I, p. 598 f. 604 (1021-1044).

(2) *Id.* t. 2 p. 50 f. 704 à (1060). Donation universelle de tous biens au décès, sauf réserve d'usufruit du *sponsalicium* au profit de la femme du donateur.

(3) *Id.* t. I, p. 517 f. 524. XI<sup>e</sup> siècle.

(4) Ce cas paraît de beaucoup le plus fréquent.

(5) *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, t. 2 p. 105 f. 764 (1040). Cette charte est très curieuse. Elle contient une donation faite par deux époux et leurs deux enfants qui sont frères utérins. Une partie des biens est donnée dès actuellement. Quant à l'autre partie le monastère en jouira *post obitum*. Et encore cette partie variera suivant que chacun des deux frères laissera ou ne laissera pas à d'hoirs de son corps.

Même cartulaire, t. I, p. 353 f. 339, Circa, 1012.

« *Si ego intestatus moriar, quod ego loqueri non possim aut dividere rebus facultatis mee, sciant omnes homines, quia quantum hæreditas vel portio mee est in villa que vocant Bruniolia, vel adjacentiis ejus totum dono ad ecclesiam vel monasterium Beatissimo Victori Martiri Massiliensis, sine ulla mora ».*

tité de donations *post obitum*, nous pouvons dire cependant que les donations de biens à venir étaient rares.

Lorsque l'on compare le nombre des chartes de donations entrevifs avec dessaisissement actuel et celui des donations de biens à venir dont l'effet est reporté au décès, on est frappé de la petite quantité de celles-ci à côté des autres.

D'autre part, si on constate, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, que les donations *post obitum* ne sont le plus souvent soit que de simples donations entrevifs avec réserve d'usufruit, soit que des donations à cause de mort, soit même des *precaria* ; si l'on ajoute à cela que les donations universelles de biens à venir pourront cacher un contrat d'affatomie, dont les caractères ne sont pas à cette époque nettement déterminés, nous sommes obligés de conclure que la donation de biens à venir ainsi que la donation de biens présents et à venir furent très peu usitées dans la période qui s'étend du cinquième au douzième siècle.

C'est d'ailleurs une conséquence de la nécessité de la tradition en matière de donation.

## CHAPITRE DEUXIÈME

DU XII<sup>e</sup> SIÈCLE AU MILIEU DU XVI<sup>e</sup> SIÈCLE

Lorsque nous arrivons au xii<sup>e</sup> siècle nous constatons beaucoup de changements tant au point de vue politique qu'au point de vue du droit privé.

D'abord la féodalité est complètement formée, la terre est morcelée, le pouvoir est aux mains d'une quantité de seigneurs : de là est née la multitude et en même temps la variété des coutumes.

D'un autre côté nous voyons la France se diviser au point de vue des coutumes en deux pays bien distincts, les pays de Langue d'oïl ou pays coutumiers, les pays de Langue d'oc ou pays de droit écrit ; les premiers où l'influence du droit germanique fut prépondérante, les seconds plus soumis à l'action du droit Romain.

Enfin c'est à cette époque que remonte la découverte du *Corpus juris civilis* et la Renaissance du droit Romain en France. L'influence de ce dernier se fit naturellement beaucoup plus sentir sur les pays de droit écrit. Cependant certaines règles de Justinien passèrent en pays coutumier. C'est ce qui explique qu'en France la donation de biens à venir ainsi que la donation de biens présents et à venir étaient reconnues dans le Midi, alors que les coutumes du Nord se refu-

saient généralement à les valider en dehors du contrat de mariage.

§ 1. — *Pays de droit écrit*

Sous l'influence du droit de Justinien sanctionnant le pacte de donation et d'autre part reconnaissant la donation à cause de mort, la donation de biens à venir fut, en pays de droit écrit, reconnue de très bonne heure. La tradition n'était plus nécessaire pour la validité de la donation. Masuer nous dit que de son temps elle n'était plus exigée lorsque la donation était universelle ou à titre universel « *Donatio uni-versa vel generalis facta modum quote etiam sine traditione, ut donator actione personali conveniatur ad perficiendum donationem; particularis vero donatio sine traditione nulla est* (1) »

Puisque la donation était valable indépendamment de toute tradition, aucun obstacle ne se présentait en pays écrit pour les donations de biens à venir. D'autre part ceux qui se refusaient à considérer comme entre vifs la donation dont l'effet est différé jusqu'au décès validaient cet acte comme donation à cause de mort.

---

(1) F° 131.

D'autre part le droit Romain validait la tradition feinte par la réserve d'usufruit, la constitution d'un précaire.

§ 2. — *Pays de droit coutumier.*

En pays coutumier les donations de biens à venir continuent généralement à être prohibées (1). Ce fut une conséquence de la réaction qui se produisit contre les donations, et aboutit à la maxime « donner et retenir ne vaut » qui gouverna toute la matière des donations dans notre ancien droit.

Frappé des inconvénients qu'il y avait à laisser une trop grande liberté au donateur pouvant priver ainsi ses héritiers de sa fortune, le législateur obligea ce dernier à faire la tradition et à se dépouiller actuellement des objets donnés (2). Il y trouvait une garantie suffisante pour les héritiers.

La nécessité de cette tradition est d'ailleurs constatée dans les différents ouvrages de l'époque. Britton (3).

---

(1) Nous en trouvons cependant quelques exemples.

Cartulaire de Marmoutiers f. 247 p. 230 (1242).

id f. 278 p. 216 (1288).

id f. 273 p. 242 (1271).

Cette dernière contient une donation de  $\frac{1}{5}$  des biens à venir.

En retour lorsque l'on parcourt les Etablissements de St-Louis on constate qu'il n'est question que de donations de biens présents dans les contrats de mariage, t. 2 p. 500-517-615.

(2) « L'esprit de notre droit français incline à ce que les biens demeurent dans les familles ». Pothier T. 8 p. 373.

(3) « Ne suffit nul doun sauntz le baye de la seysine ». L. 2.

Glainville (1), le Grand Coutumier (2) les Coutumes notoires (3), les assises de Jérusalem (4) exigent expressément la tradition.

De très bonne heure il est vrai nous allons voir appa-

---

ch. 2. Cité par Esmein. *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français* p. 22.

(1) « *Si donationem talem nulla secuta fuerit seisinā, nihil post mortem donatoris ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest, quia id intelligitur secundum consuetam regni interpretationem potius esse nuda promissio quam aliqua vero promissio vel donatio.* »

*Potest donator ante traditionem mutare voluntatem quum imperfecta sit donatio et possessionem retinere corpore et animo* » cité par Desjardins 228.

(2) L. 2. ch. 28 « Nota qu'il a été tenu en tourbe que si aucun homme donne ou vend aucune chose réelle sans soi dessaisir par l'usage et coutume de la cour laye, après sa mort la saisine va à ses héritiers. Mais si celui qui a vendu ou donné appréhende la saisine de fait et jouit par an et jour, la saisine ne va à ses hoirs parce qu'il n'est pas mort saisi et vêtu, si ce n'était fief, car en fief personne ne peut acquérir saisine sans foi ».

(3) N° 143 « Une chacune raisonnable franche personne puet à son vivant, et par manière de don cession ou donation faite entre vifs irrévocable donner, ordonner ou disposer de son propre héritage... à sa pleine volonté et s'en desaisir et devestir au profit du donataire à son vivant. »

4. *Cours des Bourgeois* 2<sup>e</sup> vol. ch. 40 « que quand aucune persounne a aliéné son héritage, vendu ou doné à autre persounne, que elle aura heu le don ne se boute en l'héritage et ait l'usaze et la teneure doudit héritage au mains huit jors, a ce qu'il puisse dire

raître la tradition feinte à côté de la tradition réelle. La réserve d'usufruit va être autorisée en pays coutumiers et sous l'influence du droit Romain elle ne tardera pas à se généraliser et à pénétrer dans presque toutes les coutumes (1).

Nous trouvons d'ailleurs dans les cartulaires des exemples de donations avec réserve d'usufruit. « *Et les tenront perpétuellement*, dit une charte de janvier 1265, *pour leur volonté faire, sau ce que li devant dis Robers tenra se vie sans plus, toutes les rentes et les choses devant dites en tous pourfis* » (2).

---

et mostrer qu'il a heu la saisine et l'usage doud. héritage, c'est assaver de vendre de doner et engager ne autrement alierer ».

Chap : 214 : « Don ne vaut sans saisine de la chose ».

Abrégé de la Haute cour § 194 « nul don n'est pas fait qui est en dit sans être parfait ».

(1) Desjardins, page 219 : « Il est vraisemblable que la tradition feinte nous vient du droit Romain. Quelques coutumes le disent expressément, celles de Bourges (Rub. 9 art. 2) et d'Etampes (art. 146). Si cette idée était primitivement en germe elle a été mise au jour par les commentateurs du Droit Romain. Ce qui explique la répugnance de certaines coutumes à admettre la tradition feinte. »

Les coutumes qui n'admettaient pas la réserve d'usufruit sont celles de Senlis, d'Amiens, Rennes, de Valons, du Bourbonnais. On les appelait coutumes de vest et de devest.

(2) *Livre rouge de St-Quentin* p. 133.

Egalement *cartulaires angevins* p. 264 note 4.

*Cartulaire de N.-D. de Paris* T. I p. 431 f. 20 (1237). Donation

Les biens à venir n'étant pas susceptibles de tradition soit réelle, soit feinte ne pouvaient faire l'objet d'une donation. De plus en pays coutumier la donation à cause de mort n'était point reconnue. Aussi ne pouvait-on point se prévaloir de ce chef pour déclarer valable la donation de biens à venir.

Dans la suite, il est vrai, nous allons voir se passer en France ce qui était arrivé à Rome. La donation sera sanctionnée indépendamment de toute tradition. Déjà au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle Beaumanoir valide la promesse de donation et déclare que le donataire pourra obtenir l'exécution après le paiement des dettes.

Au dix-septième tous les auteurs mettent sur le même pied les donataires et les créanciers, et n'exigent plus ce qu'ils appellent la tradition de fait comme condition essentielle à la validité de la donation.

A partir de cette époque on pourrait croire que les biens à venir étaient susceptibles d'entrer dans une donation. Il n'en est rien cependant. C'eût été violer la seconde règle de la maxime « donner et retenir ne vaut » qui exigeait le dépouillement actuel du donateur.

Aussi voyons-nous la plupart des auteurs considérer comme nulle la donation de biens à venir.

Toutefois, il en est une, d'une nature toute spéciale

---

pour la construction d'un autel «... *ita quod ipsi Emelina et Benedictus et ille qui supervixerit usufructum in dictis domo et vinea habebit et tenebit.* »

qui fut exceptée de la prohibition. Ce fut L'INSTITUTION CONTRACTUELLE dont nous ne parlerons dans la suite que pour montrer en quoi elle diffère de la donation de biens présents et à venir.

L'institution contractuelle a tiré son origine de l'affatomie. Elle a remplacé dans les pays du Nord de la France le testament qui n'y était point en usage (1). Elle permettait à une personne de transmettre sa succession par contrat. L'instituant conservait la libre disposition de ses biens ; toutefois il lui était interdit d'en disposer à titre gratuit. L'institué était considéré comme un véritable héritier testamentaire : en conséquence on lui accordait la saisine, et il était tenu des dettes *ultra vires* (2).

Grâce à la féodalité l'institution contractuelle se développa rapidement. Elle se répandit même dans les pays du midi de la France.

Mais elle ne devait pas tarder à être en butte aux attaques des Romanistes comme pacte sur succession

---

(1) Pierre Desfontaines, Ch. 15 § 7. « La covenance que tu dis qui fu fete entre II frères qui n'avoient nul anfan, que lequez qui mourust devant ses héritages revenist a l'autre ne puet rien nuire a l'ainzné en franc fié, ne as autre enfans en vilenage, car en ce cas a li ainznz le franc fie et li vilenages est partissables ; ne on ne fet mie oir qui communent de son héritage par nostre usage. »

(2) *Cartulaire* et divers actes des Alamans p. 13, donation du 1<sup>er</sup> juin 1278 « ...*volens ex nunc ut dicta Margaritam auctoritate sua possit ipsam apprehendere corporalem possessionem.* »

future et comme contraire à la liberté de tester. Nous connaissons par les procès-verbaux qui précédèrent la rédaction des coutumes, les efforts qu'ils tentèrent pour la faire disparaître. Ils n'atteignirent pas leur but. Cependant ils parvinrent à la confiner dans le contrat de mariage. En pays écrit ils ne l'admirent qu'en dénaturant son véritable caractère et en ne la considérant que comme une simple donation de biens présents et à venir : ils privaient en conséquence le donateur de la faculté de disposer de son patrimoine ; ils ne lui permettaient pas les aliénations à titre onéreux même pour les biens acquis postérieurement à la donation (1).

Cette exception en faveur du contrat de mariage devait dans la suite être étendue à la donation de biens présents et à venir. Aussi les coutumes les autorisèrent-elles également dans les contrats de mariage.

---

(1) « Conséquence éminemment fausse contenue dans le principe erroné de l'assimilation de l'institution contractuelle à la donation entre vifs. » Anouilh, p. 321.

## CHAPITRE TROISIÈME

DU MILIEU DU XVI<sup>e</sup> SIÈCLE A L'ORDONNANCE DE 1731

TITRE PREMIER. — Donations de biens à venir et donations de biens présents et à venir faites en dehors du contrat de mariage.

### § I. — *Pays de droit écrit*

La donation de biens à venir ne rencontrait aucune difficulté dans les pays de droit écrit. Le droit Romain qu'on y suivait n'était plus celui que nous avons étudié avant Justinien, et qui exigeait pour la perfection de la donation l'exécution applicable seulement à des biens présents. Depuis longtemps les théories de Justinien avaient pénétré dans les Pays de droit écrit. « La donation, dit Furgole, était parfaite par la seule stipulation ou par un simple pacte sans la tradition de fait ni de droit ; les biens à venir pouvaient faire la matière de la donation comme de la stipulation ou pacte, tout de même que les biens présents. » (1)

D'un autre côté la donation à cause de mort était très usitée en pays écrit. Aussi voyons-nous un certain

---

(1) Sur art. 15 l'ord. de 1731.

nombre d'arrêts (1) et quelques auteurs (2) assimiler les donations portant sur les biens à tenir à des dispositions à cause de mort et les valider à ce titre.

Une personne pouvait donc donner les meubles (3) ou les immeubles (4) qu'elle aurait lors de son décès, ou simplement une somme payable sur les biens existant à cette époque sans avoir besoin de donner une garantie sur les immeubles actuels (5).

Il semble cependant que la donation universelle de biens à venir était prohibée comme n'étant autre chose qu'une stipulation ou qu'un pacte sur succession future, puisqu'on ne donne pas seulement les biens présents mais aussi les futurs. D'ailleurs « telles donations sont « nulles tant parce qu'elles ôtent au donateur la faculté de tester qui doit être libre à chacun sans qu'on « y puisse renoncer que parce qu'elles sont contre les « bonnes mœurs » (6).

Mais cette prohibition était entendue d'une façon fort peu rigoureuse. « Les arrêts décidaient pour la « validité de la donation pour peu que le donateur se

---

(1) 4 janvier 1642, cité par Brodeau.

(2) Henrys, 24<sup>e</sup> question, p. 183, T. I.  
Masuer, f<sup>o</sup> 131.

(3) 11 janvier 1586 cité par Brodeau.

(4) 14 juillet 1587. Cité par Henrys, T. 2, p. 704.

(5) 3 déc. 1643 cité par Brodeau et par Henrys, *loc. cit.*

(6) D'Espeisses p. 452.

En ce sens Perier, T. I, p. 24. — Il cite un arrêt en ce sens de Dijon du 14 fév. 1618.

« fut réservé quelque chose pour pouvoir disposer par « testament ». Ricard (1) estimait à un vingtième la réserve que le donateur devait faire. D'Aguesseau (2) Furgole (3) et la plupart des auteurs laissaient à l'arbitraire du juge la faculté d'appréciation.

Cependant il existait certaines hypothèses sur lesquelles la jurisprudence paraissait fixée :

Ainsi la donation de tous biens présents et à venir était déclarée valable si le donateur avait seulement restreint la donation par les mots : biens meubles et immeubles ; « parce que bien que les dettes soient com-  
« prises en la donation de tous biens, toutefois elles ne  
« le sont pas en celles des biens meubles et immeu-  
« bles. » La donation universelle était encore permise même si la chose que s'était réservée le donateur pouvait être facilement consommée, car il lui suffit pour affirmer son droit de libre disposition qu'il la puisse consommer et pourtant la conserve (4). Cette réserve pouvait même consister en un usufruit parce que dans ce cas le donateur pouvait faire des épargnes et par là se réserver de quoi pouvoir tester (5).

---

(1) Donat. T. I. p. 250.

(2) T. 12, p. 284.

(3) Sur art. 15 T. 5 p. 123.

(4) D'Espeisses, *loc. cit.*

(5) D'Espeisses, *loc. cit.* Toutefois elle ne pouvait consister en une rente annuelle. Nous trouvons à l'appui une sentence rendue à Digne le 6 avril 1646, citée par Boniface, t. 1, p. 427.

Si le donateur ne s'était pas réservé de quoi tester la donation était nulle pour le tout. Toutefois on admettait une exception si elle avait été faite par contrat de mariage ou pour une cause pie.

Les biens à venir pouvaient donc être l'objet d'une donation entrevifs.

Mais quand le donataire en devenait-il propriétaire ?

Si la libéralité comprenait des biens présents, il les acquerrait du jour de l'acte, à moins que le donateur n'eût retenu, selon son droit, un droit d'usufruit. Mais que se passait-il pour les biens à venir ?

Deux systèmes étaient en présence (1).

Le premier exigeait la tradition des biens à venir au fur et à mesure des acquisitions. On trouve dans de Laurière (2) une exposition très nette de cette doctrine.

« Toute cette difficulté, nous dit-il, se réduit au seul point de savoir si celui qui a fait donation pure et simple peut être contraint d'en faire la tradition de son vivant ; car s'il peut être contraint il y a lieu de dire que la donation est entre vifs puisque le donateur a préféré à soi-même le donataire. »

« L'on ne peut nier raisonnablement que les biens à venir quand ils sont acquis ne doivent être considérés

---

(1) Voy. Demolombe, t. 6, p. 363, Don.

(2) *Institution contractuelle*, ch. 4, n° 67 et 68.

En ce sens Boucheul : *Successions contractuelles*, n° 28.

Bretonnier, sur Henrys, t. 2, p. 987.

« comme des biens présents ; or, il est de la dernière  
« certitude que le donataire de biens présents et à ve-  
« nir peut contraindre le donateur de lui faire la tra-  
« dition des biens présents ; par conséquent le dona-  
« taire à la même action pour contraindre le donateur  
« de lui faire la tradition des biens à venir, dès que le  
« donateur les a acquis ».

Un autre système consistait à voir dans la donation de biens présents et à venir deux donations juxtaposées l'une entre-vifs de biens présents, l'autre à cause de mort de biens à venir (1).

A moins donc de réserve d'usufruit, le donataire entrera aussitôt en jouissance des biens donnés. Ce sera seulement à la mort qu'il deviendra propriétaire des biens à venir.

Mais comme la seconde donation « n'est censée qu'à cause de mort », le donateur a la libre disposition des biens qui s'y trouvent compris ; il a la faculté de contracter de nouvelles dettes et par conséquent de rendre la donation inutile (2), « il doit être libre au donataire de l'accepter ou de la répudier (3) ». La donation

---

(1) Henrys, T. 2, p. 981.

Boucheul, p. 515.

(2) Comme le donataire universel de biens à venir n'est qu'un successeur aux biens il n'est pas tenu *ultra vires*. D'Espeisses nous le dit formellement, p. 432.

(3) Henrys, *loc. cit.*

Brodeau cite des arrêts du Parlement de Provence de 1597, 1623 et du 15 avril 1666 où l'on reconnaît expressément au dona-

en effet ne peut nuire au donataire « Quand on com-  
« prend les biens à venir en une donation, c'est plutôt  
« en faveur du donataire que du donateur, c'est pour  
« rendre la donation plus avantageuse (1) ». Comme  
les dettes grevant les biens à venir « sont incertaines  
et n'ont d'autre limitation que la valeur des biens, »  
on accordait au donataire le droit de diviser la dona-  
tion et de s'en tenir aux biens présents pour n'être  
tenu que des dettes existantes lors de la donation.

On ajoutait que l'on pouvait, pour autoriser cette  
option, argumenter par analogie de la vente. En effet,  
si on vend plusieurs héritages par un seul acte et  
pour un seul prix, il n'y a qu'une vente et qu'un acte  
indivisible ; « au contraire si chaque héritage a son  
« prix particulier, ce sont autant de venditions sépa-  
« rées : on peut en dire autant des donations et  
« qu'elles n'ont été distinctes que pour en distinguer  
« et la cause et la nature » (2).

On admettait toutefois que la division pouvait être  
impossible. Cela avait lieu lorsqu'il résultait des cir-  
constances de fait ou de l'intention des parties que l'ob-  
jet de la donation était indivisible (3).

---

taire le droit de renoncer à sa seconde donation. Il cite d'autres  
arrêts de 1712, 1716, 1717 et 13 août 1722.

En ce sens également Basnage. T. I, p. 729.

(1) Henrys, *loc. cit.*

(2) Henrys, p. 932.

(3) En ce sens arrêt cité par Brodeau du 27 oct. 1627. Contra  
arrêt du 23 déc. 1654, cité par Ricard.

Aussi Henrys conseille-t-il comme mesure de prudence de stipuler la divisibilité (1).

§ II. — *Pays coutumiers.*

« La donation de tous biens présents et à venir, disait Ferrière, est valable par quelques coutumes ; dans les autres la jurisprudence est si incertaine qu'on en peut établir aucune règle » (2).

Tel n'est pas notre sentiment. Les donations de biens à venir furent en pays coutumier généralement prohibées : ce fut une conséquence du double principe contenu dans la maxime « donner et retenir ne vaut. »

D'ailleurs nous trouvons des coutumes qui les interdisent formellement. Ce sont les coutumes du Bourbonnais (3), du Berry (4) et de l'Auvergne (5).

Cette prohibition était d'ailleurs le droit commun à la France coutumière. C'était l'opinion de Coquille, de Brodeau, de Loysel (6), de Buridan (7), de la Thaumassière (8),

---

(1) *Loc. cit.*

(2) Nouvelle institution coutumière, t. 2, p. 339.

(3) Art. 210.

(4) T. 8 à 7.

De la Thaumassière, p. 215, déclare valable sans tradition la donation d'une universalité de meubles.

(5) Art. 159.

(6) T. 1, p. 301.

(7) Sur coutume de Vermandois, p. 27.

(8) Sur coutume du Berry, p. 227.

de Ricard (1), de Lebrun (2) et de Pothier (3), et d'Auroux des Pommiers (4).

Nous ne saurions mieux mettre en lumière les motifs qu'invoquaient ces auteurs qu'en reproduisant un passage d'Auroux des Pommiers. « La raison pour laquelle, dit-il, la donation de tous biens présents et à venir ne vaut, c'est parce que à l'égard des biens à venir le donateur n'en peut faire la tradition réelle ni par fiction ; et qu'ayant la liberté d'acquiescir ou de ne pas acquiescir, et ayant acquis de vendre ou autrement consommer en dettes les acquisitions qu'il a faites, il lui est libre de rendre la donation inutile ; ce qui est absolument opposé au principe des donations entre vifs qui doivent être irrévocables et composées de choses certaines dont on puisse faire la tradition » (5).

---

(1) Donat. T. 1, p. 257.

(2) P. 245.

(3) T. 8, p. 373.

(4) Sur art. 200 de la coutume du Bourbonnais.

(5) *Loc. cit.*

En ce sens de la Thaumassière disait (p. 227). « L'opinion commune est que telles donations sont nulles, parce que la tradition réelle, ni même la feinte ne peut pas compatir avec la donation de biens à venir, qui ne sont pas en la possession du donateur et dont il n'est pas propriétaire lors de la donation. »

En ce sens également Troplong, t. 26, p. 150 : « Les donations sont de droit étroit, préjudiciables aux familles et par cette raison on ne leur donne pas d'extension ».

Cependant cette prohibition ne s'étendait pas à la France entière.

La coutume de Sedan autorisait la donation de biens à venir. Son article 112 est ainsi conçu. « Semblable-  
« ment on peut faire donation entre-vifs de tous biens  
« présents et à venir et retenir certaine somme de de-  
« niers ou partie des dits biens pour en disposer à son  
« plaisir et volonté ; et vaudra telle donation quant aux  
« biens dont le donataire aura été ensaisiné et a eu la  
« tradition et possession du vivant du donateur ».

La coutume de Normandie la reconnaît dans un cas particulier. « Lorsque père et mère, dit l'article 405,  
« ont donné à leurs filles, soit en faveur de mariage ou  
« autrement, en héritage le  $\frac{1}{3}$  de leurs biens, les en-  
« fants mâles les peuvent révoquer dans l'an et jour  
« du décès de leurs dits père et mère, ou dans l'an et  
« jour de leur majorité ; et ce doit faire l'estimation du  
« dit eu égard aux biens que le donateur possédait lors  
« de la donation et ou la donation serait faite du  $\frac{1}{3}$  des  
« biens présents et à venir l'estimation dudit tiers se  
« fera eu égard aux biens que le donateur a laissés lors  
« de son décès ».

Enfin « mari peut doner par do d'entre vifs, dit l'art.  
« 54 de la coutume de Boulogne, les acquets par lui  
« faits constant le mariage soit réalisés ou non (1) ».

---

(1) La coutume de Poitou (articles 203 à 224) semble également autoriser la donation de biens à venir dans un cas particulier. La

Bien que ces coutumes fussent l'exception Choppin (1) Basnage, (2) de Laurière (3) et Boullenois (4) prétendaient qu'à moins d'un texte formel la donation de biens à venir devrait être autorisée. Ces auteurs se basaient sur ce que la tradition n'était plus de leur époque, comme dans le très ancien droit (5), indispensable pour la validité de la donation. Il n'y avait donc, d'après eux, à faire de distinction entre le donataire de biens à venir et celui de biens présents, puisqu'il était indubitable qu'ils avaient tous les deux une action directe contre le donateur pour obtenir de lui la délivrance des biens donnés (6).

Aussi ces auteurs décidaient-ils que le donataire pouvait réclamer les biens à venir au moment où ils devenaient la propriété du donateur. Ils se refusaient à

---

donation universelle de biens à venir peut avoir lieu si elle est faite par provision de son corps. Le donataire aura droit lors du décès à tous les meubles et à tous les acquets du donateur, si dans l'année qui a suivi la notification de l'acte les héritiers n'ont pas subvenu aux besoins du donateur.

(1) Sur coutume d'Anjou p. 299, et sur la coutume de Paris, p. 183. Lorsque la donation était universelle il exigeait que le donateur se fût réservé l'usufruit des biens donnés.

(2) T. 2, p. 248.

(3) Sur art. 272, coutume de Paris, p. 320, t. 2.

(4) p. 445. Il exige que le donateur universel se réserve de quoi tester.

(5) Sauf dans les coutumes de vest et de devest.

(6) *loc. cit.*

repousser l'époque de l'exigibilité de la donation au moment du décès. Ils n'auraient pu le faire qu'à la condition de voir dans la donation de biens à venir une simple donation à cause de mort. Et cette dernière était prohibée en pays coutumier. Aussi lorsque la donation portait à la fois sur des biens présents, et à venir n'admettaient-ils pas que le donataire put se décharger des dettes contractées postérieurement à la donation en abandonnant le bien acquis depuis ce contrat (1).

La donation de biens à venir étant généralement prohibée nous voyons les auteurs déclarer nulle la donation de tout ou partie des meubles ou des immeubles qu'on laisserait à son décès. La jurisprudence était d'ailleurs en ce sens. Henrys (2) cite pour les pays coutumiers des arrêts du 3 février 1713 et du 10 juin 1716, le premier rendu en forme de règlement (3).

---

(1) Basnage, t. 2, p. 258.

Une autre opinion se basant sur l'art. 277 de la Coutume de Paris validait la donation de biens à venir comme donation à cause de mort. En ce sens Ricard, t. I, p. 251, Bourjon, t. II, p. 271. *Contra* d'Argentré, t. 3, p. 399; Boutaric sur l'art. 4 de l'ordonnance; Lamoignon, p. 249.

(2) Ferrières : Dictionnaire, t. I. p. 728.

*Contra* d'Argentré *loc. cit.*

*Contra* Basnage, t. I, p. 244. Il cite en outre un arrêt du 16 juillet 1629 déclarant valable la donation de ce qui resterait au décès.

(3) T. 2, p. 989.

(4) Ceux-mêmes qui admettaient la validité de la donation de biens

La même solution était généralement admise lorsqu'on restreignait la donation à une certaine somme à prendre sur les biens existant au décès. En effet il était au pouvoir du donateur de rendre la donation nulle en dissipant tous ses biens. Aussi pour la déclarer valable certains auteurs exigeaient-ils que le donateur se fût dessaisi de ses biens jusqu'à due concurrence. « Je dois être censé, nous dit Pothier, (1) suffisamment être mis en possession de la chose donnée « par l'acte même de la donation, par lequel je suis « fait, d'une manière irrévocable, créancier de la « créance qui m'est donnée, et par la clause de désais-  
« sine par laquelle le donateur se dessaisit envers  
« moi de ses biens jusqu'à due concurrence en les  
« chargeant de cette dette envers moi. Ces sortes de  
« choses-là n'étant pas susceptibles d'aucune autre  
« espèce de tradition on n'en doit pas exiger d'autres ». Telle était l'opinion de Ricard (2) d'Auroux des Pom-  
miers (3).

---

à venir ne reconnaissaient pas la validité de cette clause, car pour eux le donateur étant mort sans faire la tradition des objets donnés, ceux-ci ne pouvaient être livrés par ses héritiers. Telle était l'opinion de : Laurière : sur art. 272 de la Coutume de Paris ; de Bourjon, t. II, p. 113.

(1) Coutume d'Orléans, p. 435 et s.

(2) Donations, t. I, p. 263 : Cet auteur nous dit que la donation d'une rente payable au décès n'est censée entre vifs qu'à la condition que des biens soient dès à présent affectés à cette dette.

(3) Sur l'art. 213 de la coutume du Bourbonnais : « Il n'en est pas

Mais que devait-on décider lorsqu'on faisait une donation d'une somme payable au décès, sans restreindre cette somme aux biens existant soit lors de la donation, soit à l'époque du décès ? Basnage (1), Ferrières (2), Bourjon (3), la considéraient à juste titre comme valable. Du jour du contrat, le donateur est irrévocablement lié ; il ne dépend plus de lui, même en dissipant tous ses biens, d'annuler la donation. Le donataire, en effet, pourra se retourner contre l'héritier qui, tenu des dettes *ultra vires*, se verra, s'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire, obligé de payer le montant intégral de la donation.

Il est une clause qui paraît avoir été très usitée si l'on considère le nombre des auteurs qui la critiquent et que nous ne voulons pas à ce titre passer sous silence. La réserve faite par le donateur de la faculté de dispo-

---

« de même d'une donation de 100 livres de rente à prendre sur les  
« biens du donateur pour commencer à en jouir après son décès.  
« Une telle donation peut valoir comme donation entre vifs, par  
« telle raison que telle donation est une donation d'un bien pré-  
« sent et certain qui contient en soi une rétention d'usufruit, l'exé-  
« cution d'icelle étant différée après la mort, et que telle donation  
« saisit le donataire au moyen de ce que les biens du donateur  
« sont affectés à la rente dès le moment que la donation a été faite,  
« de sorte qu'il ne peut plus aliéner qu'à charge de la rente ».

(1) T. 1, p. 244. T. 2, p. 728.

(2) *Dictionnaire*, t. 1, p. 737.

(3) T. II, p. 114.

(4) Arrêt en ce sens du 3 décembre 1643 (Cité par Brodeau).

ser d'un objet ou d'une somme comprise dans la donation était-elle valable ?

Cette clause soulève deux questions.

D'abord, lorsque le donateur était décédé sans avoir disposé de cet effet à qui appartenait-il ? au donataire ou aux héritiers du donateur ?

L'opinion généralement reçue en pays écrit et en pays coutumier était qu'il revenait aux héritiers du donateur. « C'est une maxime certaine dans toutes sortes de jurisprudence, disait Henrys, que quand le donateur n'a pas disposé de la somme réservée, elle appartient à l'héritier et non pas au donataire » (1). Il existait d'ailleurs des coutumes qui le déclaraient expressément « Quant à la somme des deniers ou partie des dits biens, dit l'article 112 de la coutume de Sedan, ils appartiendront aux héritiers du donateur, s'il n'en a disposé de son vivant et non au donataire. » La coutume du Bourbonnais (2) et celle d'Auvergne (3), adoptaient également cette disposition.

---

(1) T. 2, p. 705.

En ce sens arrêt du parlement de Provence du 20 juin 1623 ; cité par Cambolas, L. 5, ch. I, nombre 3

(2) Art. 211 «... Et les biens retenus en ce cas que le donateur n'en aurait autrement disposé ne sont compris en ladite donation. Ains appartiennent à l'héritier *ab intestat* si d'iceux le donateur n'en a autrement disposé. »

(3) Art. 160 «... Et quand ez biens retenus ladite donation est nulle et appartient lesdits biens retenus ez héritiers *ab intestat* si d'iceux le donateur n'a autrement valablement disposé. »

La question faisait plus de difficulté, si par une clause spéciale, le donateur avait déclaré que l'effet réservé devait, s'il se retrouvait dans sa succession, appartenir au donataire.

Il y avait lieu de faire une distinction entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier (1).

Les premiers admettant la donation de biens à venir devaient valider une telle clause. L'effet devait échapper aux héritiers du donateur puisque ce dernier avait clairement indiqué qu'il préférait le donataire à ses propres héritiers. (2)

Toute autre était la solution admise en pays coutumier. La maxime « donner et retenir ne vaut » était un obstacle à la validité de cette clause. Aussi était-elle considérée comme non avenue. Avec Dumoulin (3) Basnage (4) Ferrière (5) et Pothier (6) nous estimons qu'elle était nulle dans tous les cas et qu'il n'y avait

---

(1) *Contra* Laurent, t. 12, p. 455.

*Contra* Troplong, t. 26, p. 190.

(2) En ce sens arrêt du Parlement de Paris du 14 janvier 1638 cité par Bardet.

(3) Sur art. 190 de la *Coutume de Paris*

(4) *Commentaire sur la coutume de Normandie*, t. 2, p. 250. Il cite en ce sens un arrêt du 14 mars 1686.

(5) *Nouvelle institution coutumière*, t. 2, p. 307.

(6) T. 8, p. 373.

En ce sens Desjardins, p. 319.

*Contra*, Ricard donations : t. 1, p. 258.

pas lieu d'admettre les restrictions qu'apportaient Brodeau et Henrys.

Brodeau la considérait comme valable lorsqu'elle était contenue dans une donation universelle parce que, à son avis, la tradition n'était pas exigée dans ce cas.

Henrys déclarait qu'elle devait produire son effet si elle portait sur une somme et non sur une partie des objets donnés, « parce qu'une somme de deniers n'a pas besoin d'autre tradition que l'acte qui la contient. D'ailleurs c'est une convention purement personnelle que contracte le donataire envers le donateur » (1).

A Brodeau nous répondrons que la tradition réelle ou feinte était exigée en matière de donation aussi bien universelle qu'à titre particulier.

Si l'on peut dire avec Henrys qu'une somme de deniers n'est susceptible dans l'hypothèse qui nous occupe d'aucune autre tradition, que l'acte qui la contient, nous estimons que l'attribution au donataire de cette somme violerait le second principe contenu dans la maxime « donner et retenir ne vaut », qui exige de la part du donateur le dépouillement actuel, ce que Ricard appelait la tradition de droit.

Aussi était-ce en pays coutumier un obstacle suffisant pour déclarer cette clause nulle dans tous les cas et pour attribuer l'effet réservé aux héritiers du donant.

Cette prohibition de la donation de biens à venir

---

(1) T. 2, p. 709.

devait amener des modifications sur certaines donations de biens présents. Nous voulons parler de la donation de meubles. Les jurisconsultes finirent par exiger lors de la rédaction de l'acte la confection d'un état ou d'un inventaire des meubles. « Il est absolument nécessaire, dit Auroux des Pommiers, que le contrat de donation en contienne une description ou qu'il en soit fait un inventaire séparé, car la donation demeure imparfaite si les choses données étaient incertaines, et le donataire ne pourrait pas intenter d'action s'il n'était pas certain de ce qui lui a été donné » (1).

Cet état est d'ailleurs formellement exigé par d'Argentré, (2) Ferrières (3) Ricard (4) Lamoignon (5) et de la Thaunassière (6).

Il ne nous reste plus qu'à examiner une question. Que se passait-il lors que la donation comprenait à la fois des biens présents et des biens à venir. Était-elle nulle pour le tout, ou simplement pour les biens à venir ?

Trois opinions étaient en présence. Certains auteurs

---

(1) Sur l'art. 214 de la Coutume du Bourbonnais.

(2) Argument. de l'art. 321 de la Coutume de Bretagne.

(3) *Dictionnaire* T. I, p. 737.

(4) *Donations*. T. I, p. 260, et s.

(5) p. 245.

(6) *Commentaire de la Coutume du Berry*, p. 227.

Nous trouvons cependant un arrêt du Parlement de Provence du 17 juin 1672 déclarant que le donateur ne peut être forcé à faire inventaire des objets donnés sous réserve d'usufruit.

divisaient la donation et la validaient quant aux biens présents ; d'autres se prononçaient pour la nullité totale. Enfin quelques-uns voulaient résoudre la difficulté par une distinction, reposant sur l'intention présumée du donateur.

Pothier (1) Lebrun (2), Bourjon (3) Auroux des Pomiers (4) estimaient que l'on devait annuler la donation pour le tout. Se refusant à voir dans la donation de biens présents et à venir une donation double de biens présents et des biens à venir ils ne pouvaient admettre la division. Elle eut d'ailleurs violé souvent l'intention du donateur qui n'aurait fait de pareilles donations que dans l'idée de faire supporter au patrimoine actuel les dettes qu'il se proposait de contracter dans la suite.

Malgré l'autorité de ces auteurs et de leur aveu, l'opinion qui prédominait en doctrine et en jurisprudence (5) était pour le maintien de la donation quant aux biens présents. Brodeau (6) Ferrières (7) Buridan (8)

---

(1) T. 8, p. 373. *Introd.* au T. 15 de la Coutume d'Orléans.

(2) p. 644.

(3) T. II, p. 113.

(4) Sur l'art. 210 de la *Coutume du Bourbonnais*

(5) Arrêts du 24 mai 1718, 24 janvier 1719 cités par Pothier T.

I p. 356.

(6) Sur Louet L D, S. 69.

(7) *Dictionnaire* T. I p. 728.

(8) *Sur la Coutume de Vermandois*, p. 125.

Lamoignon (1) Boucheul (2) « inclinaient pour ce parti en faveur des donations et pour en assurer l'effet » (3).

Nous trouvons d'ailleurs une coutume qui se prononçait en ce sens « Donation entre-vifs de tous biens « présents et à venir, dit l'art. 159 de la Coutume « d'Auvergne... est bonne et valable quant ez biens « desquels le donnant ne retient pas la disposition. »

Une troisième opinion, plus juridique à notre avis, résolvait la difficulté par une distinction reposant sur l'intention présumée du donateur « Je voudrais, disait « Ricard (4), pour recevoir ce partage (maintien de « la donation pour les biens présents, nullité pour les « biens à venir) qu'il ait été stipulé qu'en cas que la « donation ne put valoir pour le tout elle aurait son « effet pour les biens présents, par les termes avec « lesquels la donation a été conçue, que l'intention du « donateur eût été d'en souffrir la division, au cas « qu'elle ne put subsister pour les biens à venir; sinon « et lorsque la donation des deux espèces de biens présents et à venir est tellement jointe qu'il n'y a pas « lieu de présumer que le donateur se fût porté à donner l'un sans l'autre on ne peut lui faire le préjudice « de laisser subsister le contrat pour les biens présents « en le cassant pour les biens à venir. »

---

(1) p. 245.

(2) p. 515.

(3) Lebrun. *loc. cit.*

En ce sens Laurent T. 12, p. 452.

(4) *Successions* II, n. 81.

TITRE DEUXIÈME. — Les donations de biens à venir et des donations de biens présents à venir contenues dans les contrats de mariage.

Le mariage intéressant au plus haut point l'intérêt public, a de tous temps joui de nombreux privilèges, ces faveurs devaient rejaillir sur le contrat qui l'accompagne généralement. Aussi décida-t-on que la maxime « donner et retenir ne vaut » ne recevait pas son application en matière de contrat de mariage (1).

Cette exception en faveur du mariage n'eut que peu d'influence dans les PAYS DE DROIT ÉCRIT. Dans ces pays nous avons en effet constaté que la donation de biens à venir ainsi que celle de biens présents et à venir étaient autorisées ; toutefois nous avons fait remarquer que la donation universelle était nulle si le donateur ne s'était pas réservé de quoi tester. Lorsque la donation était faite par contrat de mariage cette réserve était inutile.

EN PAYS COUTUMIER où la règle « donner et retenir ne vaut » faisait généralement considérer comme nulle la donation de biens à venir l'exception devait avoir beaucoup plus d'importance.

---

(1) *Propter dignitatem et amplificationem familiarum.*

Bien que nous trouvions que les coutumes du Berry (17 art. 7), de Meaux (art. 14), de Valois (art. 133), de Laon (art. 55), de Chalons (art. 65), du Nivernais (chap. 27 art. 12), de Lorraine (10 art. 2), du Bourbonnais (art. 219), de l'Auvergne (art. 162) et du Vermandois (art. 230), pour déclarer expressément « qu'en mariage donner et retenir vaut », les auteurs étaient unanimes à proclamer que tel était le droit commun de la France coutumière et qu'il devait recevoir son application même dans les coutumes qui étaient muettes.

A. — *Dans quel acte devaient être faites les donations de biens à venir et les donations de biens présents et à venir.*

Mais pour valoir la donation de biens à venir et la donation de biens présents et à venir devaient être faites par contrat de mariage. C'était l'opinion généralement reçue même en pays de droit écrit ou les « *pacta dotalia* » pouvaient avoir lieu après le mariage (1).

La coutume d'Auvergne cependant faisait exception. Par son article 162 elle validait la donation universelle de biens à venir, faite dans un contrat d'association universelle, et par son article 164 elle permettait qu'elle fût faite au moment des fiançailles, alors même qu'elle n'eût été mise par écrit qu'après le mariage.

De plus, ces donations étaient faites sous cette condition « *si nuptiæ sequantur* ». Elles se trouvaient donc

---

(1) Anouilh, p. 307.

révoquées si le mariage n'avait pas lieu (1). Boucheul (2) il est vrai nous dit que l'obligation de doter les enfants étant pour les parents un devoir moral, il n'y avait pas à s'occuper si le mariage s'en suivait. Nous répondrons à cela avec Furgole (3) que si les parents peuvent être considérés comme tenus moralement de doter leurs enfants, c'est à eux qu'appartient la faculté d'apprécier les circonstances dans lesquelles ils ont à remplir leur devoir (4).

B. — *Par qui pouvaient-elles être faites?*

Ces donations pouvaient être faites soit par un étranger, soit par un parent, soit par les époux eux-mêmes. Quelques coutumes et la grande majorité des auteurs nous le disent. Aussi n'admettons, nous pas, étant donnée la faveur dont jouissait le mariage, les réserves qu'apportaient Fleury, Lamoignon et Boucheul. Ils restaient cette faculté de faire des donations de biens à venir : le premier (5) aux ascendants seuls, le second (6) aux ascendants et aux collatéraux privilégiés.

---

(1) Troplong, t. 27, p. 646.

(2) *Successions contractuelles*, p. 120.

(3) Sur l'article 17 de l'ordonnance de 1731.

(4) Malleville sur l'article 1088 du Code civil, nous apprend que la jurisprudence en pays de droit écrit maintenait la donation faite par un ascendant si le mariage ne s'en suivait pas. Elle l'annulait au contraire si elle était faite par toute autre personne même par un collatéral.

(5) *Institution au Droit français*.

(6) p. 253.

giés et le troisième (1) aux parents, et jamais à des étrangers.

C. — *Au profit de qui pouvaient-elles être faites ?*

L'opinion généralement reçue était qu'elles pouvaient avoir lieu soit au profit des époux conjointement ou séparément et subsidiairement au profit des enfants, soit directement au profit d'un ou des enfants à naître du mariage.

Aussi ne pouvait-on en faire bénéficier les enfants qu'un des conjoints aurait eû d'un précédent mariage (2).

Mais étaient-elles valables lorsque le donateur était un des époux et que le donataire était l'autre conjoint ? La question était discutée. « *Illâ consuetudo*, disait Dumoulin, *debet manere in terminis suis videlicet quando talis pactio fit in contractu matrimonii et in favorem descendantis ab eo de cujus hereditate agitur duntaxat* ».

Cependant nous croyons que la faveur du mariage devait autoriser de pareilles conventions (3). D'ailleurs,

---

(1) *Successions contractuelles*, p. 170.

(2) Contra Démolombe. *Donations*, t. 6, p. 322.

(3) Laurière : sur l'art. 272 de la coutume de Paris. Boucheul, p. 502.

En ce sens, Anouilh, p. 321.

Il y avait cependant une exception apportée par l'art. 165 de la coutume d'Auvergne : la femme, du jour des fiançailles, n'avait plus le droit de faire des donations en faveur de son mari. Voy. d'Argou, p. 270.

nous voyons Lamoignon (1), Basnage (2) et Ricard (3), valider en contrat de mariage les donations mutuelles de biens à venir.

Mais il en était tout autrement des donations que les époux pouvaient se faire pendant le mariage. Nous savons, en effet, qu'en dehors du don mutuel (4), elles étaient généralement prohibées, qu'elles aient eu trait, soit à des biens présents, soit à des biens à venir.

D. — *Sur quoi pouvaient-elles porter?*

Elles pouvaient être soit universelles, soit à titre universel, soit à titre particulier (5). Si les coutumes ne parlent le plus souvent que de la donation univer-

---

(1) p. 245.

(2) *Commentaire de la coutume de Normandie*, t. 2, p. 134.

(3) *Sur la coutume de Senlis*, p. 5.

(4) Le don mutuel pouvait comprendre des biens à venir.

En ce sens Lebrun, p. 407.

Ferrière, *Dictionnaire*, t. I, p. 732.

(5) Pour que les biens à venir fussent compris dans la donation, il fallait une déclaration expresse. « Les coutumes, dit Ricard, « ayant permis de disposer par donation entre-vifs de tous ses « biens sans ajouter présents et à venir, elles ne doivent dans les « règles s'entendre que des biens présents et qui appartenaient « au donateur au temps de la donation, d'autant que dans la com- « mune façon de nous exprimer, lorsque nous parlons des biens « d'une personne, nous n'entendons que ceux qu'elle possède pré- « sentement ». *Donat.*, t. I. p. 257.

En ce sens Boucheul, p. 445.

Dumoulin : sur l'art. 211 de la coutume du Bourbonnais : « *De præsentis tantum intelliguntur* ».

selle ou à titre universel, c'est qu'elles prévoient le cas le plus fréquent. Mais elles n'entendent nullement exclure la donation à titre particulier.

Aussi voyons-nous Pothier (1) nous dire que tel était le droit commun.

Cependant trois coutumes faisaient exception. La coutume de Péronne ne reconnaît que la donation universelle. « En donation de mariage, dit l'article 199, « donner et retenir ne vaut, ne s'entend que des choses particulières. »

Par son article 272, la coutume d'Orléans interdisait les donations excessives même celles faites par contrat de mariage.

La coutume de Berry semblait au contraire ne valider que les donations à titre particulier. « Ladite institution d'héritier faite en contrat de mariage, dit l'article 5 (chap. 8), en faveur des descendants dudit « mariage n'est valable, mais bien les donations en « faveur d'iceux, ou conventions de succéder en certains biens, pourvu qu'elles ne soient universelle de « tous biens présents et advenir ». Mais, ajoute de la Thaumassière, « cet article doit être restreint à son « seul cas qui est l'institution faite par ceux qui se « marient au profit des descendants de leur mariage. « Car il est certain que l'institution faite au profit des

---

(1) T. 1, p. 358.

« conjoints par personnes étrangères et tous autres que  
« les mariés est valable » (1).

La donation de biens à venir, autorisée par contrat de mariage permettait de donner tout ou partie des meubles ou immeubles que l'on posséderait lors de son décès. Elle rendait licite la clause par laquelle on attribuait au donataire une somme payable sur les biens existant au décès du gratifiant.

On décidait également lorsqu'un donateur n'usait pas dans la suite de la faculté qu'il s'était réservée de disposer d'un objet ou d'une somme comprise dans la donation, que cet effet devait appartenir au donataire.

Il y avait toutefois lieu de faire une distinction. Si la donation n'attribuait pas par une clause expresse

---

(1) Cela résulte de la comparaison de l'article 6 (ch. 8) et de l'article 7 (chap. 7).

Cette exception qui existe dans les coutumes du Berry est due au président Lizet, grand sectateur du Droit Romain, qui, lors de la rédaction de cette coutume voulut restreindre le plus possible l'institution contractuelle qu'il considérait comme contraire au droit de tester. Cette disposition était d'ailleurs vivement critiquée. Nous voyons de la Thaumassière nous dire qu'on ne devrait même pas faire cette exception en faveur des mariés. « Ce  
« serait conforme aux maximes du droit français qui ne fait pas  
« tant de cas de la liberté de tester que de la faveur des contrats de  
« mariage, qui selon nos mœurs, sont susceptibles de toutes sortes  
« de conventions. » De la Thaumacière : *Commentaire sur la coutume de Berry*, p. 248.

Contra d'Argou, p. 173.

l'objet au donataire, celui-ci n'avait pas qualité pour réclamer.

Au contraire, si une clause expresse attribuait l'objet au donataire, celui-ci pouvait le recueillir.

Cette clause, en effet, avait fait disparaître la présomption d'affection que la loi établissait dans le cas précédent en faveur des héritiers *ab intestat* du donateur (1).

E. — *Les effets.*

L'effet de la donation étant reporté à la mort, c'était à ce moment que s'ouvrait le droit du donataire. Celui-ci était libre d'accepter ou de répudier la donation. Ce qu'il avait accepté lors du contrat, c'était d'être à l'époque du décès, donataire de tout ou partie des biens du donateur.

Au décès seulement il pouvait donc se prononcer sur son droit. L'acceptation ou la renonciation qu'il aurait pu faire avant cette époque n'avait pu l'engager ; aussi devait-on la considérer comme non avenue. C'était d'ailleurs une conséquence de l'irrévocabilité des contrats de mariage. L'acte contenant l'acceptation, la répudiation de la donation, ou simplement le consentement du donataire aux aliénations consenties par le donateur,

---

(1) Auroux des Pommiers sur l'art. 211 de la *coutume du Bourbonnais*.

Chabrol, sur les art. 160 et 179 de la *Coutume d'Auvergne*.

Pothier. Introduction au titre 15 de la *coutume d'Orléans* p. 683.

n'eut été qu'une contre lettre déguisée apportée au contrat de mariage. Et cette contre-lettre n'était pas valable (1).

D'un autre côté la donation s'évanouissait si le donataire prédécédait. Son droit ne pouvait passer à ses héritiers.

« La donation, nous dit Ricard, n'étant parfaite ni  
« consommée en sa personne elle ne peut pas recevoir  
« sa perfection en celle d'un autre ; et le donataire,  
« n'ayant aucune tradition de la chose donnée aujour  
« de son décès, on ne peut pas dire qu'elle soit en sa  
« succession, et l'héritier n'a pas de son chef la fa-  
« veur qui est nécessaire pour conserver cette dona-  
« tion sans tradition » (2). Telle était l'opinion unanimement admise sauf le dissentiment de Bourjon (3).

---

(1) Lebrun p. 408.

(2) *Donations* T. I. p. 272.

(3) T. 2, p. 74. « Telle donation n'est point anéantie par le prédécès du donataire. C'est donation et non institution contractuelle d'héritier qui n'emporte pas comme cette dernière la nécessité de la survie de celui qui en profite... le droit résultant d'une telle donation est transmissible et passe aux héritiers du donataire, au lieu que l'institué n'est saisi de rien par l'institution. La donation a un effet présent et absolu par elle-même, l'autre est de droit conditionnel et la condition légale qui y est attachée est la survie de l'institué. En effet par la qualification que le donateur a donné à sa libéralité il a suffisamment marqué que telle était son intention... C'est exacte et juridique différence ; il est vrai que contre elle l'équité semble réclamer ses droits ».

Toutefois on admettait une exception en faveur des enfants issus du mariage.

Il arrivait d'abord assez fréquemment, qu'à défaut des époux les enfants avaient été, par le contrat, appelés expressément au bénéfice de la donation.

Lorsqu'une pareille stipulation n'était pas contenue dans la donation, la loi la suppléait (1) « car il est à présumer, dit Ricard, qu'on a aussi bien considéré le fruit qui en devait provenir (du mariage) que les personnes qui contractent ; et même les enfants sont la seule cause de la faveur, le mariage n'étant privilégié qu'en tant qu'il est considéré comme l'unique moyen de perpétuer les Républiques » (2).

Mais en vertu de quel droit les enfants étaient-ils appelés ? On s'accordait généralement à reconnaître qu'ils venaient non par représentation, mais « *de jure suo* », en vertu d'une substitution vulgaire soit expresse soit tacite (3).

---

(1) *Coutume du Berry*. (Ch. 7 art. 7).

(2) *Donations* T. I, p. 273. Il cite cependant un arrêt contraire du parlement de Provence du 29 janvier 1697.

Voyez également Auroux des Pommiers sur l'art. 219 de la coutume du Bourbonnais et Brodéau T. 2, p. 674.

(3) Henrys t. 2 p. 670. A l'appui il cite des arrêts du parlement de Toulouse du 31 mars 1651 et du 16 juillet 1613.

Chabrol sur l'art. 160 de la coutume d'Auvergne.

Il ne leur était donc pas nécessaire d'avoir accepté la succession de leur père et mère.

Comme c'était en vertu d'une substitution que les enfants étaient appelés au bénéfice de la donation on décidait qu'il devait en être ainsi dans les coutumes (1) ou la représentation n'était point admise (2).

Ajoutons qu'ils ne pouvaient venir qu'à défaut de leurs auteurs, « car il se rencontre entre le père et les enfants un ordre de nature et d'affection qui doit faire croire que l'instituant (ou le donateur) a voulu les considérer dans le même ordre en imitant la succession *ab intestat*, de manière que les termes *et leurs descendants* ne font simplement que démontrer que les biens leur doivent passer à défaut des mariés dotaires ou institués. Ce qui produit une substitution directe que l'adhésion du père rend caduque » (3).

---

De la Thaumassière sur la coutume du Berry, p. 223.

Choppin, sur la coutume de Paris p. 183.

Pothier, t. 8 p. 621.

*Contra.* Coquille sur l'art. 12 (Donations) de la coutume du Nivernais.

Demolombe, t. 6, p. 318,

Troplong, t. 27, p. 569.

Cette substitution ne pouvait avoir lieu qu'au profit des enfants.

(1) Artois, art. 93.

(2) Lebrun, p. 440.

(3) Auroux des Pommiers; sur l'art. 249 de la coutume du Bourbonnais.

F. — *Droits et obligations du donataire et du donateur.*

Quels étaient maintenant les droits du donateur et du donataire ?

Le donateur conservait la libre administration de ses biens, il pouvait bien en disposer à titre onéreux. Quant aux aliénations à titre gratuit, il n'avait le droit d'en faire que dans la mesure où elles ne pouvaient préjudicier aux donataires à titre universel ou à titre particulier. Si la donation était universelle, son droit se réduisait à la faculté de faire des donations ou des legs pour sommes modiques ou pour des causes pies (1).

Cependant les coutumes d'Auvergne (art. 167), d'Anjou (art. 245), du Maine (art. 262), de Touraine (art. 252), du Loudunois (ch. 26 art. 4) réduisaient davantage les droits du donateur. Elles lui retiraient la

---

(1) Auroux des Pommiers sur l'art. 220 de la *coutume du Bourbonnais* estime que le donateur peut donner ou léguer en cas de donation universelle le  $\frac{1}{4}$  de ses biens, sauf si dans le contrat il s'est réservé une somme, auquel cas son pouvoir de disposition est limité à cette somme.

En ce sens Lamoignon p. 255.

Chabrol sur l'art. 167 de la coutume d'Auvergne.

Dumoulin sur l'art. 222 de la coutume du Bourbonnais : « *Non impeditur quædam particularia legare manente institutione sua quota.* »

Voy. Ricard. *Donat.* T. 1, p. 269.

faculté de disposer de ses biens même à titre onéreux (1).

En dehors de ces coutumes le donataire était donc libre de vendre, d'échanger et d'hypothéquer ses biens. Il pouvait également contracter de nouvelles dettes.

Mais qui devait à sa mort supporter ces dettes ?

Si la donation était à titre particulier elles ne pouvaient être à la charge du donataire, qu'autant qu'elles étaient afférentes à l'objet donné : ainsi l'hypothèque de l'immeuble donné devait être supportée par le donataire.

Mais si la donation était universelle ou à titre universel, il était tenu de payer les dettes. Était-il obligé *ultravires* ? ou simplement *intravires* ?

Certains auteurs, considérant le donataire comme un simple successeur aux biens, ne le déclaraient tenu que jusqu'à concurrence du prorata de ce qu'il touchait : « *Ideo non amplius teneri quam pro æstimatione rerum quas capiunt* (2). »

L'opinion contraire semblait prédominer : « La dona-

---

(1) En ce sens arrêt du parlement de Provence du 27 mars 1599. (cité par Brodeau).

Le système de ces coutumes était celui adopté en pays écrit : Voy. Henrys t. 2 p. 699. — D'Espeisses p. 428.

(2) D'Argentré p. 739.

En ce sens de la Thaumassière, p. 626.

Henrys, t. 2 p. 989.

Troplong, t. 27 p. 574.

Et art. 334 de la *coutume de Paris*.

« tion de biens présents et à venir, nous dit Ricard, com-  
« prend en soi une condition tacite, quand même elle  
« ne serait pas exprimée, de payer toutes les dettes créées  
« ou à créer ; la qualité de donataire de biens présents  
« et à venir étant égalée pour le paiement des dettes à  
« celle d'héritier aussi bien par nos coutumes que par la  
« disposition du Droit civil » (1). Aussi déclarait-on  
le donataire tenu *ultravires* comme tout héritier mais  
on lui accordait le bénéfice d'inventaire.

Malgré les restrictions apportées à la faculté de dis-  
poser laissée au donateur, celui-ci avait encore possi-  
bilité d'annuler en entier le bénéfice de la donation.  
Les biens à venir emportaient en effet la charge de tou-  
tes les dettes indistinctement, charge que le donateur  
pouvait multiplier à son gré (2).

Aussi de bonne heure, les jurisconsultes, apportèrent-  
ils un remède qu'ils trouvèrent déjà en pratique dans  
les pays de droit écrit (3).

Lorsque la donation portait à la fois sur des biens  
présents et sur des biens à venir on permit au donataire  
de se décharger des dettes contractées depuis la dona-

---

(1) Ricard Donat, t. 1, p. 235 et 269.

En ce sens Perier, t. 1, p. 24.

Boullenois, p. 505.

Bourjon, t. 2, p. 625.

(2) Bourjon, t. II, p. 114,

(3) Ricard, t. I, p. 254 (Donations).

tion, en abandonnant les biens acquis postérieurement à cet acte. Le donataire pouvait donc au décès (1) exercer un **droit d'option**.

S'il acceptait la donation dans son entier, il devait payer toutes les dettes.

Devait-il, comme le simple donataire de biens à venir, respecter les aliénations faites à titre onéreux? Il y avait lieu de distinguer si le bien appartenait au donateur lors de la donation, ou s'il avait été acquis depuis. « Le « donateur de biens présents et à venir n'a pas, nous « dit Ricard, un pouvoir aussi étendu que l'instituant : « il ne peut aliéner à titre gratuit, ni même à titre « onéreux, ni hypothéquer que les biens qu'il a acquis « depuis la donation (2). »

Au contraire si le donataire s'en tenait aux biens présents il n'était obligé qu'aux dettes existant lors de la donation; il pouvait faire rescinder toutes les aliénations soit à titre onéreux soit à titre gratuit consenties sur ces biens : en un mot le contrat primitif changeait de caractère : il devenait une simple donation de biens présents.

« Mais en ce cas particulier, disait Lebrun, hors

---

(1) Des arrêts du 2 septembre 1626, (cité par Brodeau) et du 25 décembre 1654, (cité par Ricard) autorisent le droit d'option avant le décès.

(2) *Loc. cit.*

Egalement Chabrol sur l'art. 163,

« duquel je n'estime point que l'on puisse diviser les  
« donations, il faut que le donataire déclare qu'il veut  
« s'en tenir aux biens présents, au moins incontinem-  
« ment après l'inventaire (1). »

Nous venons de voir que les deux temps du droit d'option étaient l'époque de la mort et celle de la donation. Les arrêts cependant nous disent qu'un troisième temps pouvait exister, « scavoir celui de l'élection  
« que le donateur s'est réservé de faire en donnant.  
« Je donne en me mariant tous mes biens ou partie de  
« mes biens présents et à venir à un des enfants qui  
« naîtront et seront procréés de mon mariage, et tel  
« je voudrai choisir et nommer. Je nomme dans la  
« suite un de mes enfants pour recueillir cette dona-  
« tion. Cet enfant par moi nommé pourra choisir ou le  
« temps de la donation, ou celui de l'élection, ou celui  
« du décès. L'élection que je fais est regardée comme  
« une donation en faveur de celui qui est élu, parce  
« qu'en effet elle fixe la donation sur sa tête, et que  
« s'il n'avait été élu il n'aurait eu qu'une portion de  
« biens donnés comme chacun de ses frères ou rien  
« du tout si l'un de ses frères avait été élu (2). »

Pour exercer ce droit d'option le donataire devait en conséquence établir quels étaient les biens et quelles étaient les dettes existant lors de la donation. Si

---

(1) p. 647.

Lamoignon, p. 245.

(2) Boutaric. Sur l'art. 16 de l'Ord. de 1731.

cette preuve était facile à faire lorsque la succession du donateur ne comprenait que des immeubles elle était au contraire parfois fort embarrassante lorsque la succession contenait des meubles. Aussi de bonne heure avons nous vu (page 86) les jurisconsultes exiger la confection d'un inventaire.

Les mêmes difficultés se présentaient pour les dettes. Il était souvent peu aisé de savoir l'époque à laquelle elles avaient été contractées. De plus il était à craindre que le donateur au moyen d'antidates ne fit supporter au donataire des dettes nées postérieurement à la donation.

Le moyen de remédier à ces inconvénients eût été de forcer les parties à dresser lors du contrat, un état des dettes existant à cette époque. Aucune coutume, aucun jurisconsulte ne l'exigea. Il faudra attendre jusqu'au Code civil pour voir cette réforme se réaliser.

## QUATRIÈME CHAPITRE

ORDONNANCE DE 1731.

§ I.— *Donations de biens à venir et de biens présents et à venir faites en dehors d'un contrat de mariage.*

En résumé lorsque nous arrivons à l'ordonnance de 1731, nous trouvons en France, deux théories en matière de donation de biens à venir et de donation présents et à venir.

Les pays de droit écrit validaient ces deux contrats et considéraient le dernier comme une double donation : l'une entre vifs, de biens présents, exécutable immédiatement, l'autre à cause de mort, de biens à venir et dont l'effet était reporté à la mort.

Les pays coutumiers au contraire, régis par la maxime « donner et retenir ne vaut » se refusaient à admettre la validité de la donation de biens à venir, puisque ces sortes de choses n'étaient pas susceptibles de tradition. Si l'acte portait à la fois sur des biens présents et sur des biens à venir, les uns le déclaraient nul pour le tout, alors que les autres prétendaient le maintenir quant aux biens présents.

Tel était l'état du droit en cette matière, au moment où Louis XV, sous l'inspiration de d'Aguesseau promulgua sur les *Donations* l'ordonnance du mois de février 1731.

Le chancelier se prononça en faveur des pays coutumiers. Furgole nous indique les motifs qui le firent agir ainsi. « L'étendue du pays coutumier, dit-il, est « beaucoup plus grande que celle des pays gouvernés « par le droit écrit » et « la dérogation au droit romain « ne porte pas un si grand coup que si on avait fléchi « les coutumes pour s'attacher au droit romain (1) ».

Aussi l'art. 15 de l'ordonnance prohibe-t-il la **donations de biens à venir**. « Aucune donation, dit-il, ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiennent au donateur dans le temps de la donation ».

Le motif qu'invoquait l'ordonnance pour prononcer la nullité était celui sur lequel se basaient les juriconsultes des pays coutumiers, c'est-à-dire qu'un tel acte violait le principe contenu dans la maxime « donner et retenir ne vaut ». Les biens à venir ne sont pas en effet susceptibles de tradition réelle ou feinte et ne peuvent s'accorder avec l'idée de dépouillement actuel, de tradition de droit (2).

(1) Sur art. 5 de l'ordonnance t. 5 p. 123.

(2) Cette prohibition était entendue d'une façon plus rigoureuse qu'en pays coutumier. L'art. 4 en effet était ainsi conçu. « Toute donation entre vifs qui ne serait valable en cette qualité ne pourra valoir comme donation ou disposition à cause de mort ou testamentaire de quelque formalité qu'elle soit revêtue ».

Il n'y avait pas lieu de distinguer entre la donation universelle et la donation à titre universel ou particulier. « La prohibition ou le motif de la prohibition, » dit Boutaric, ne tombe pas sur la donation en ce « qu'elle comprend la totalité des biens, elle tombe « uniquement sur la nature des biens à venir par cette « raison entr'autres que les biens à venir ne paraissent pas susceptibles de tradition de droit ». (1)

Pour mieux assurer l'irrévocabilité des donations l'ordonnance exigea la confection d'un état en matière de donation mobilière : « Si elle renferme des meubles « ou effets mobiliers dont la donation ne contienne pas « une tradition réelle il en sera fait un état signé des « parties ; faute de quoi le donataire ne pourra prétendre « à aucun desdits meubles ou effets mobiliers contre le « donateur ou ses héritiers. » « Sans cet état en effet, « celui qui aurait donné ses meubles, en général, serait « maître de rendre la disposition illusoire et de la révoquer indirectement en faisant disparaître telle « portion qu'il voudrait ses meubles corporels compris « dans une disposition trop vague et trop indéterminée pour fonder une exception en faveur du donataire, et lui donner un droit de suite, de revendication « et de remploi... C'est pour cela que l'ordonnance refuse au donataire toute action même contre le donateur, « même pour le contraindre à la délivrance. (2) »

---

(1) Sur l'art. 15.

(2) Bergier cité par Merlin, t. 8, p. 487.

Que décida l'ordonnance lorsque la donation comprenait à la fois des biens présents et des biens à venir ? Celle-ci fut déclarée nulle pour le tout. « Défendons, « dit l'article 15, de faire dorénavant aucune donation « de biens présents et à venir (si ce n'est dans le cas « ci-après marqué) à peine de nullité desdites donations même pour les biens présents, et ce encore « que le donataire eût été mis en possession du vivant « du donateur des biens présents en tout ou partie. »

D'Aguesseau nous apprend lui-même les raisons qui le décidèrent à ne pas admettre la division de la donation. « Les choses, dit-il, n'étant plus entières lorsqu'on « fait cette distinction on ne peut savoir si elle n'était « pas entièrement contraire à l'intention du donateur » ; (1) et « de plus si on avait voulu admettre « en ce cas les conjectures de volonté, comme on l'a « fait en matière de testament, ç'aurait été ouvrir la « porte à un grand nombre de procès que le premier « objet de la loi est de prévenir (2). »

---

Toutefois cette exigence ne devait pas être entendue d'une façon trop étroite. Avec Bergier nous apporterons certaines restrictions : « Lorsqu'il s'agit d'une donation d'un ou plusieurs meubles « spécialement désignés dans l'acte... l'état qui serait joint alors « ne serait qu'une formalité vaine et illusoire qui multiplierait les « frais sans but et sans utilité. »

(1) T. 12, p. 307.

(2) Sur art. 15, t. 5, p. 125.

Enfin d'Aguesseau s'appuyait sur une solution admise par tous les auteurs en pays de droit écrit. Dans ces pays en effet la donation universelle dans laquelle le donateur ne s'était pas réservé de quoi tester était déclarée nulle pour le tout (1).

L'article 16 déclare que si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme compris dans la donation, cet effet, s'il se retrouvait dans la succession, devait appartenir dans tous les cas aux héritiers du donateur. « Et en cas que le donateur se  
« soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris  
« dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur  
« les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite  
« somme ne puisse être compris dans ladite donation,  
« quand même le donateur serait mort sans en avoir  
« disposé, auquel cas ledit effet ou ladite somme appar-  
« tiendront aux héritiers du donateur, nonobstant tou-  
« tes clauses ou stipulations à ce contraire. »

---

(1) Cette décision était vivement critiquée. « On ne peut, dit  
« Boularic (sur art. 16), dissimuler que l'ordonnance en déclarant  
« une donation de biens présents et à venir, nulle par rapport aux  
« biens présents paraît contraire aux règles, parce que enfin on  
« trouve dans le droit et les coutumes une infinité d'exemples de  
« division des actes qui subsistent pour une partie et ne subsistent  
« pas pour l'autre. »

§ II. — *Donations de biens à venir et donations de biens présents et à venir faites par contrat de mariage.*

L'ordonnance ne fit que peu de modifications en cette matière. Elle adopta la législation antérieurement établie et elle exempta de la prohibition les contrats de mariage. L'article 17 est d'ailleurs ainsi conçu : « Vous néanmoins que les donations par contrat de mariage en faveur des conjoints ou leurs descendants « même par des collatéraux ou des étrangers soient « exceptées de la disposition de l'article 15 ci-dessus, et « que les dites donations faites par contrat de mariage « puissent comprendre tant les biens présents que les « biens à venir, en tout ou partie. »

Cet article reconnaît donc par contrat de mariage la validité de la **donation de biens à venir** et de la **donation de biens présents et à venir**.

Les auteurs s'accordaient à admettre que ces donations pouvaient être soit universelles, soit à titre universel, soit à titre particulier ; que seuls les époux ou les enfants issus du mariage pouvaient en bénéficier (1) ; que les enfants étaient en vertu d'une substitution ex-

---

(1) Chabrol sur l'art. 163 de la *Coutume d'Auvergne* cite un arrêt du 17 juin 1731 déclarant que le bénéfice de la donation ne passe pas aux enfants issus d'un précédent mariage.

pressé ou tacite, mis au lieu et place de leur père et mère, si ces derniers étaient morts au moment de l'ouverture de la donation.

Une question cependant paraissait douteuse : les époux avaient-ils le droit de se faire de pareilles donations ? Les termes mêmes de l'ordonnance semblaient leur refuser ce droit puisque elle ne l'accordait expressément qu'aux parents ou aux étrangers. On leur reconnaissait cependant cette faculté, « car, disait « Furgole, la faveur de ces donations ne doit pas se « mesurer par la qualité du donateur, mais par la « faveur du mariage qui donne la force et la validité à « toutes les conventions, puisque l'article ne veut pas « qu'on examine, si le donateur est un ascendant, un « collatéral ou un étranger. » D'ailleurs, si on considère le conjoint comme un étranger on doit lui accorder ce droit. Si on le regarde comme lié par une espèce d'affinité il y a lieu de lui reconnaître cette faculté d'autant plus qu'on ne fait qu'appliquer l'esprit de l'ordonnance (1).

L'article 18 ajoutait *in fine* « Et en ce cas que le dit « donateur se soit réservé la faculté de disposer d'un « effet compris dans la donation de ses biens présents, « ou une somme fixe à prendre sur les dits biens, voulons « que s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou la « dite somme appartienne au donataire ou à ses héritiers, et soit censé compris dans la dite donation ».

---

(1) Furgole, sur art. 17, T. 5, p. 159.

L'ordonnance innove sur ce point. Nous avons vu dans le chapitre précédent, que l'effet réservé ne pouvait appartenir au donataire qu'en vertu d'une clause expresse contenue dans l'acte.

Est-ce à dire que dans tous les cas cet objet ou cette somme devra s'il se retrouve dans la succession du donateur, appartenir au donataire ? Nous ne le croyons pas, et nous estimons qu'il y a lieu de faire une distinction.

Il s'agit de savoir si le donateur a entendu simplement se réserver la faculté de disposer de l'objet, ou s'il a voulu se réserver l'objet lui-même. Dans le premier cas, l'objet étant compris dans la donation appartiendra au donataire ; puisque le donateur « n'a pas  
« usé de son pouvoir les choses se trouvent dans le  
« même état que s'il n'avait fait aucune réserve. Il en  
« serait autrement s'il avait déclaré en faisant la dona-  
« tion qu'un certain effet n'y serait pas compris par-  
« ce qu'alors l'exception serait faite par l'acte même » (1).

---

(1) D'Aguesseau, T. 12, p. 308.

En ce sens Furgole sur l'art 18, T. 5, p. 172.

Et Boutaric sur l'article 18 « on peut dire du donateur que n'usant pas de la faculté réservée, *dedit dum non ademit*; on peut dire que la réservation tombe moins sur l'effet réservé que sur la faculté même d'en disposer ; laquelle par l'inexécution devient inutile ».

On admettait encore une autre exception en faveur des contrats de mariage : lorsque la donation portait sur des meubles qui n'étaient pas livrés lors du contrat l'absence d'état n'annulait pas la donation. Toutefois il incombait au donataire de faire la preuve de la quantité des meubles qui avaient été compris dans la donation. Tel est tout au moins le sentiment de Bergier (1) et de Merlin (2).

Enfin nous voyons consacrer comme dernière faveur le droit pour le donataire de s'en tenir aux biens existant lors de la donation lorsque cette dernière portait à la fois sur les **biens présents et sur les biens à venir** du donateur. « Il sera au choix, dit l'article 17 *in fine*, de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès en payant toutes les dettes et charges. »

Le donataire avait donc un droit d'option entre les biens présents et les biens à venir. S'il s'en tenait aux biens présents il n'était tenu que des dettes existant lors de la donation ; il pouvait réclamer les biens composant le patrimoine du donateur à cette époque. Si ces biens avaient été aliénés depuis soit à titre gratuit soit à titre onéreux il avait droit de faire rescinder les actes de disposition.

Que se passait-il au contraire lorsque le donataire

---

(1) Ricard, *Donations*, t. 2. *Additions*, p. 67.

(2) T. 8 p. 487. Il cite en ce sens un arrêt du Parlement de Paris du 6 mars 1745.

optait pour les biens tels qu'ils étaient au décès? Les anciens auteurs accordaient au donataire le droit d'attaquer toutes les aliénations à titre gratuit consenties par le donateur, et même celles faites à titre onéreux sur les biens existant lors de la donation. Certains même refusaient au donateur toute espèce d'actes de disposition, en dehors des cas d'extrême nécessité. Considérant en outre le donataire comme un héritier ils l'obligeaient en conséquence, s'il optait pour les biens à venir, à payer les dettes de la succession *ultra vires*, s'il n'acceptait sous bénéfice d'inventaire.

D'Aguesseau consacra ce système. La donation de biens présents et à venir, dit-il, n'est qu'une institution contractuelle susceptible de se transformer au décès en une donation de biens présents (1).

Nous le voyons en conséquence déclarer le donataire optant pour les biens à venir obligé au paiement de toutes les dettes et charges de la succession (art. 17). Il lui accorde le droit de renoncer au bénéfice de la libéralité lorsque les charges lui paraissent trop élevées (art. 18), et enfin il le fait bénéficier à défaut même de clause expresse de l'objet ou de la somme dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer, lorsque cet objet ou cette somme se retrouve dans la succession.

En RÉSUMÉ l'ordonnance a consacré dans ses gran-

---

(1) *Lettre au Parlement de Besançon*, du 22 mai 1731.

des lignes le système des pays coutumiers. Tel n'est cependant pas l'avis de Troplong (1). Cet auteur prétend qu'elle n'a pris parti ni dans un sens ni dans l'autre. « Elle a eu, dit-il, ses raisons pour ne rien dire. « En préférant un système à l'autre elle aurait préjugé « des points de droit considérables touchant les institu- « tions contractuelles et blessé des principes et des ha- « bitudes enracinées ».

Le préambule et le texte l'ordonnance, éclairés par les lettres du chancelier d'Aguesseau et par l'esprit qui les avait dictées nous paraissent condamner formellement cette opinion. Les ménagements dont parle Troplong « eussent trop manifestement contrarié l'unité de jurisprudence, objet principal de son rédacteur ».

La meilleure preuve que nous puissions donner, pour montrer que l'ordonnance était applicable dans toute la France est la résistance qu'opposèrent à l'enregistrement certains parlements de droit écrit. D'Aguesseau (2), en effet nous apprend « que des neuf « parlements ou conseils dans lesquels le droit écrit « était regardé comme le droit commun, cinq enregis- « trèrent la nouvelle ordonnance, non seulement avec « respect mais avec les marques de la plus vive satis- « faction (3), deux élevèrent quelques difficultés mais

---

(1) T. 37. p. 549.

(2) T. 12, p. 324 et 325. Lettre au parlement de Toulouse du 30 juin 1731.

(3) Ces parlements étaient celui de Paris pour les pays de droit

« suivirent l'idée des premiers, aussitôt que d'Aguesseau  
« leur eut expliqué le véritable esprit de la loi » (1).

Les rémontrances du parlement de Toulouse furent beaucoup plus vives ; il voulait maintenir en dehors du contrat de mariage les donations universelles, lorsque le donateur s'était réservé de quoi tester. D'Aguesseau dut user de toute son influence et de son habileté pour décider ce parlement à l'enregistrement de la donation sans lettre de jussion (2). Il y arriva six mois seulement après l'apparition de l'ordonnance (3).

Le parlement de Bordeaux se montra plus récalcitrant. Malgré une longue lettre (4) où d'Aguesseau invoquait les motifs qui décidèrent le parlement de Toulouse, il persista dans son refus d'enregistrement. Aussi le chancelier fit-il expédier des lettres de jussion (5).

Dans la suite ces parlements n'abandonnèrent point leur opinion et cherchèrent indirectement à la faire prévaloir. En 1748 une commission de magistrats célèbres du parlement de Toulouse, nommée par le

---

écrit situés dans son ressort, celui de Pau, celui d'Aix, celui de Perpignan et celui du Dauphiné.

(1) Ces parlements étaient celui de Grenoble et de Besançon.

(2) Lettre du 30 juin 1731 précitée.

(3) L'enregistrement est du 14 juillet 1731. (Lettre du 24 juillet 1731) *loc. cit.* p. 340.

(4) Lettre du 25 juin 1731, p. 310.

(5) Lettre du 13 juillet 1731, p. 331.

conseil pour juger en dernier ressort une contestation relative à la validité d'une donation de biens présents et à venir postérieure à l'ordonnance (1), maintint la donation pour les biens présents, malgré le texte de l'article 15 parce que la libéralité contenait la clause expresse « qu'au cas où l'on disputerait de la donation, sous prétexte qu'elle comprenait des biens à venir elle elle aurait son effet pour tous les biens présents » (2).

Dans la suite on en appela au conseil du Roi. Celui-ci, par un arrêt du mois de février 1745, cassa l'arrêt de la cour de Toulouse (3) et montra ainsi que l'ordonnance était applicable à la France entière.

L'ordonnance fut en somme un grand bien ; cependant elle n'était point parfaite. Nous avons vu en effet que si la donation par contrat de mariage portait à la fois sur des biens présents et sur des biens à venir l'état des dettes existant lors de la donation n'était point exigé, Si le donateur contractait dans la suite de nouvelles dettes il était souvent fort difficile au donataire,

---

(1) La donation était du 26 mai 1735.

(2) Furgole sur art. 15 *in fine*.

(3) *Loc. cit.* Furgole.

Nous trouvons, il est vrai, un arrêt du 6 mai 1741 déclarant nulle la donation universelle de biens à venir parce que le donateur ne s'était réservé que 50 livres sur 8512 ; mais nous ignorons si la donation était postérieure à l'ordonnance. (Chabrol sur l'art. 179 de la coutume d'Auvergne).

qui s'en tenait aux biens présents, de prouver que ces dettes étaient postérieures à la donation, principalement lorsque les titres constatant ces créances avaient été frauduleusement antidatés.

Ce perfectionnement fut l'œuvre du code Napoléon comme nous le verrons dans la suite.



## TROISIÈME PARTIE

# DROIT INTERMÉDIAIRE

---

La Révolution se basant sur le principe d'égalité qu'elle avait inscrit en tête de ses lois bouleversa tout le régime successoral : elle abolit l'institution contractuelle et la donation de biens présents et à venir.

La Constituante cependant les conserva intactes. Elle se contenta d'établir le nouveau principe d'égalité en abolissant les droits d'aînesse et de masculinité, mais sans interdire une distribution inégalement faite par un père de famille dans le contrat de mariage de l'un de ses enfants.

Ce fut la Convention qui entra dans la voie des prohibitions. Le 7 mars 1793 elle décréta que la faculté de disposer de ses biens soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en *ligne directe* était abolie et qu'en conséquence tous les descendants auraient un droit égal dans le partage des biens de

leurs ascendants. Les donations contractuelles ne furent donc plus possibles qu'entre parents *collatéraux* ou entre *étrangers*.

La Convention ne s'en tint pas là ; elle prononça l'effet rétroactif de ses dispositions jusqu'au 14 juillet 1789 par la loi du 5 brumaire de l'an II, dont l'article 9 est ainsi conçu : « Les successions des père et mère et  
« autres ascendants et des parents collatéraux, ouver-  
« tes depuis le 14 juillet 1789 et qui s'ouvriront à l'ave-  
« nir, seront partagées également entre les enfants,  
« descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobs-  
« tant toutes les lois, coutumes, usages, donations tes-  
« taments et partages déjà faits. En conséquence, les  
« enfants descendants et héritiers en ligne collatérale  
« ne pourront, même en renonçant à ces successions,  
« se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre  
« gratuit par l'effet des donations que leur auront faites  
« leurs ascendants ou leurs parents collatéraux posté-  
« rieurement au 14 juillet 1789. » On exceptait cepen-  
dant les donations par contrat de mariage en ligne  
collatérale (art. 10).

La même loi (art. 11) restreignait la faculté de disposer au dixième ou au sixième de son bien, suivant que l'on avait des héritiers en ligne directe ou en ligne collatérale. A partir de cette époque la donation de biens présents et à venir ne fut donc possible que dans des limites extrêmement restreintes.

Enfin la loi du 17 nivôse an II alla encore plus loin que celle de Brumaire dans la voie de la rétroactivité. L'article 1<sup>er</sup> de cette loi porte «.... toutes dispositions

« à cause de mort, dont l'auteur est encore vivant,  
« on n'est décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, sont  
« nulles, quand même elles auraient été faites anté-  
« rieurement. »

L'article 2 ajoutait : « Les dispositions contrac-  
« tuelles antérieures au 14 juillet 1789 qui renferment  
« en même temps des libéralités entrevifs et irrévoca-  
« bles sous quelques dénominations qu'elles aient été  
« conférées, et une institution dans les biens à venir  
« n'auront leur effet que pour le don entrevifs et non  
« pour les biens résultant de l'institution, si l'instituant  
« vit encore ou n'est pas mort que le 14 juillet 1789  
« ou depuis ».

La loi de nivôse alla trop loin. Aussi trois années plus tard fut-elle abrogée par une loi du 18 pluviôse an V.

La donation de biens présents et à venir devait reparaître dans notre législation.

Les trois premiers projets du code n'y font point, il est vrai, allusion.

Le quatrième projet de Jacqueminot ne nous parle de la donation de biens présents et à venir que pour nous dire qu'elle est nulle et quant aux biens présents et quant aux biens à venir.

Le cinquième projet présenté par Portalis au nom de la commission le 24 thermidor an VIII reprend l'idée de Jacqueminot (art. 140) tout en la modifiant. Il autorise la donation de biens à venir faite par contrat de mariage mais ne la valide qu'à titre de disposition

.

à cause de mort si elle est faite au profit des enfants à naître.

Ce projet soumis à la critique des tribunaux fut dans la suite modifié, lors de la discussion en conseil d'Etat et devant le Tribunat et le Corps législatif.

C'est de cette discussion que sont sortis les articles 943, 1084 et 1085 dont le commentaire fera l'objet de la dernière partie de ce travail.

## QUATRIÈME PARTIE

# DROIT ACTUEL

---

L'expression « *donation de biens présents et à venir* » s'applique à un contrat entrevifs et à titre gratuit, par lequel une personne veut transmettre la propriété et de biens qu'elle possède actuellement et de certains autres qu'elle pourrait acquérir dans l'avenir.

L'article 943 prévoit cette hypothèse. Il décide que si une donation entrevifs « comprend des biens à venir elle sera nulle à cet égard ».

Il est un cas où cependant notre législateur valide en entier la donation de biens présents et à venir : c'est dans le contrat de mariage. En vertu des articles 1084 et 1085 une personne pourra donner tout ou partie de ses biens actuels et futurs en accordant au donataire la faculté de s'en tenir aux biens existant lors de la libéralité.

C'est là une convention « amphibie » pour nous servir

de la pittoresque expression de Furgole (1). Elle tient de la *donation à cause de mort* : elle n'a d'effet qu'à la mort du donateur ; c'est à cette époque seulement que s'ouvrira le droit du donataire. Elle est *entre vifs*, car elle lie irrévocablement le donateur. Celui-ci ne peut plus disposer à titre gratuit des biens donnés, que dans des limites très restreintes. Les aliénations à titre onéreux lui sont même interdites quant aux biens existant lors du contrat, lorsque le gratifié use de la faculté de s'en tenir à ces derniers.

Nous étudierons donc la donation des biens présents et à venir en deux chapitres différents. Nous ne ferons en cela que suivre la division adoptée dans la deuxième partie de ce travail.

---

(1) Sur l'article 13 de l'ordonnance de 1731.

## CHAPITRE PREMIER

DE LA DONATION PORTANT SUR DES BIENS PRÉSENTS ET A  
VENIR FAITE EN DEHORS DU CONTRAT DE MARIAGE.

### § I. — *Définition de l'expression « biens à venir. »*

Que signifient en matière de donation les expressions « biens présents » et « biens à venir » ?

Les **biens présents** sont ceux qui figurent dans le patrimoine du donateur au moment de la donation ou qui doivent y entrer plus tard, en vertu d'un droit alors existant.

Ces biens peuvent faire, d'après l'article 943, l'objet d'une donation.

Ainsi pourrait-on donner valablement les fruits que tel fonds produira l'année prochaine, les bénéfices pendant deux ans à retirer d'une société antérieurement constituée dans de telles conditions qu'elle serait obligatoire pour le donateur, et que la durée n'en serait pas facultative. Ce sont il est vrai des choses futures dans le sens de l'art. 1130, et en certain sens des biens à venir. Mais ce n'est pas dans le sens de l'article 943, car l'objet de la libéralité, ce n'est pas les fruits, les bénéfices, toutes choses qui n'existent pas encore,

c'est le droit à ces fruits, à ces bénéfices s'ils viennent être réalisés. Et ce droit n'est pas à venir ; il est dès actuellement acquis au donateur et peut par conséquent être transmis au donataire.

« L'expression de biens présents, dit Marcadé (1),  
« offre ici un sens plus large : elle embrasse toutes les  
« choses, toutes les valeurs sur lesquelles il est possi-  
« ble de conférer immédiatement un droit certain ; il  
« n'est pas nécessaire pour qu'il y ait donation de  
« biens présents que le donateur ait actuellement la  
« chose et en transfère la propriété ; il suffit qu'il  
« puisse conférer et qu'il confère effectivement quant  
« à cette chose un droit soit *in re* soit *ad rem* que la  
« donation fera naître immédiatement et que le dona-  
« teur ne pourra pas anéantir dans la suite. »

Les **biens à venir**, au contraire, sont ceux qui n'appartiennent pas au donateur au moment de la donation et sur lesquels il n'a aucun droit même conditionnel, ou ceux encore qui ne pourront entrer dans son patrimoine qu'en vertu d'un acte qui dépend de sa volonté.

La donation est nulle quand elle porte sur de semblables biens, parce que le donateur étant libre de ne pas les acquérir, la donation se trouve entièrement subordonnée à sa volonté, et partant viole la règle « donner et retenir ne vaut. »

Aussi devrait-on pour ce motif déclarer nulle la

---

(1) T. 3 p. 375.

donation d'un bien que le donateur se propose d'acquérir.

L'article 943 devrait également s'appliquer à la donation des biens existant au décès du donateur. En effet aucun des biens que possède actuellement ce dernier, n'est compris dans la libéralité comme bien présent. Il ne dépend que de lui d'anéantir la libéralité en dissipant ses biens actuels et en négligeant d'en acquérir d'autres.

On ne saurait valider la donation en la restreignant à une somme d'argent payable au décès sur les biens du donateur. Pour n'en être que moindre le bénéfice de la libéralité en est tout aussi dépendant de la volonté du donateur comme dans l'hypothèse précédente.

Autre est la question qui se pose lorsque *la donation est purement et simplement d'une somme d'argent payable au décès du donateur*. On ne doit guère hésiter à admettre la validité de la libéralité. Dès lors que l'on peut donner une somme d'argent payable à terme, on ne s'explique pas pourquoi le terme ne pourrait être la mort du donateur.

On ne peut voir dans cette stipulation une donation de biens à venir. Du jour de la passation de l'acte le donataire est irrévocablement créancier. La succession du gratifiant sera tenue envers lui, et à son défaut l'héritier. Dans le cas d'insuffisance des biens, le donataire sera payé au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, si l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire.

Telle n'est pas l'opinion de tous les auteurs. Marcadé (1) et M. Laurent (2) prétendent qu'une telle donation est nulle dans tous les cas. Coin Delisle demande que la valeur des biens actuels du disposant soit au moins égale à la somme donnée ; Grenier exige que le paiement de la créance du donataire soit garanti par une hypothèque sur les biens présents du donateur. Au contraire Demolombe (3) Colmet de Santerre (4) Trolong (5) Huc (6) Aubry et Rau (7) Bauby (8) et la jurisprudence tiennent pour valable, dans tous les cas, une pareille donation.

Marcadé la déclare nulle parce que, dit-il, il dépend du donateur qu'il n'y ait rien dans sa succession. Celui-ci en effet ne confère ou ne semble conférer le droit qu'en se réservant le moyen de l'empêcher de naître ou de l'anéantir. Il donne d'une main quand de l'autre il retient ; en un mot il ne se dépouille pas.

A notre avis le donateur est lié du jour du contrat ; il n'est plus maître de cesser d'être débiteur et cela suffit pour constituer son dépouillement actuel.

M. Laurent invoque les mêmes motifs que Marcadé

---

(1) T. 3 p. 577 et s.

(2) T. 12 p. 505 et s.

(3) T. 20 p. 344 et s.

(4) T. 4 p. 201.

(5) T. 26 p. 158.

(6) T. 6. p. 282.

(7) T. 7. p. 150.

(8) p. 172.

pour attaquer notre théorie. « Logique au point de vue  
« du droit commun, cette doctrine, dit-il, heurte et altère  
« le principe de l'irrévocabilité. Quand les libéralités fai-  
« tes par le défunt dépassent l'actif, il y a lieu de les  
« réduire. La réduction se fait en commençant par la  
« dernière donation, par analogie de ce que l'article  
« 923 prescrit lorsque la réserve est entamée. Pour-  
« quoi pas par contribution? C'est une conséquence de  
« l'irrévocabilité. Donc le législateur veut qu'une dona-  
« tion faite aujourd'hui ne puisse être altérée par une  
« donation faite demain. N'est-ce pas une preuve que  
« l'irrévocabilité des donations domine les principes  
« généraux?

A cela nous répondrons : Les donations faites aux  
dépens d'un actif actuel sont nécessairement limitées  
par cet actif lui-même; les donations faites en grevant  
le passif de dettes actuelles sont illimitées comme ce  
passif : ce qui revient à dire qu'elles peuvent demeurer  
impayées, à moins qu'elles ne soient garanties par  
des sûretés réelles sur les éléments réels de l'actif. La  
théorie de l'irrévocabilité a été construite surtout en  
vue de la donation effectuée au dépens de l'actif actuel,  
au moyen d'une dation immédiate d'un droit réel. A  
ce point de vue toute satisfaction lui est donnée par  
l'attribution actuelle au donataire d'un titre de créance  
qui ne saurait être repris.

Nous ne saurions, comme le veut M. Laurent, arguer  
par analogie. Les situations sont différentes.  
« Dans l'une on voit deux créanciers en présence d'un  
« débiteur insolvable : il s'agit de savoir ce qu'ils pour-

« ront exiger. Dans l'autre il s'agit d'un réservataire en  
« présence d'un donataire : il s'agit d'enlever à celui-ci  
« une partie de ce dont il est devenu propriétaire au  
« dépens de la réserve. Donc s'il y a deux ou plusieurs  
« donataires la réduction se fait nécessairement en com-  
« mençant par la dernière donation et en respectant cel-  
« les qui n'ont porté aucune atteinte à la réserve » (1).

M. Laurent ajoute que dans une matière toute tradi-  
tionnelle comme celle des donations on devait admettre  
la solution adoptée par nos anciens auteurs, et la plu-  
part, dit-il, proclament la nullité de la donation d'une  
somme payable au décès.

Qu'il suffise de se reporter à la deuxième partie de  
ce travail (p. 82). Nous avons constaté que certains au-  
teurs admettaient la validité de cette convention. Quant  
aux autres auteurs, s'ils annulent la donation d'une  
somme payable sur les biens laissés au décès, ils sont  
en général muets sur la question qui nous occupe.

Nous puisons d'ailleurs dans la discussion du Code  
civil au Conseil d'Etat, un puissant argument en notre  
faveur. Dans la séance du 12 ventôse an XI, plusieurs  
membres de ce conseil et en particulier Jollivet de-  
mandèrent, puisque l'insinuation était abolie, que la  
transcription fût requise en matière de donation de  
sommes d'argent payables au décès. Cet amendement  
ne fut point accepté il est vrai; mais il n'en reste pas

---

(1) T. Huc, T. 6, p. 285.

moins certain qu'aux yeux des rédacteurs du Code une pareille donation était valable (1).

Notons enfin que si une telle donation n'était pas permise, les parties pourraient facilement tourner la loi. Il leur suffirait, soit de faire une donation entre vifs en se réservant l'usufruit de la somme donnée, soit de déguiser la donation sous forme de reconnaissance de dette exigible seulement au décès. Il ne serait peut-être pas toujours aisé de prouver qu'il y a eu donation déguisée.

La donation d'une somme d'argent payable au décès est donc valable : mais le sera-t-elle dans tous les cas?

Coin Delisle exige pour sa validité qu'elle soit circonscrite aux biens que le donateur possède actuellement ou du moins à leur valeur ou à leur représentation, pourvu que cette valeur présente soit égale à la somme donnée. Par ce moyen le donataire pouvant se faire payer autrement que sur des biens à venir ne sera pas à la merci du donateur.

Ce fait que les biens actuels sont suffisants n'empêche pas que le donateur puisse dissiper ses biens présents et ne pas en acquérir de nouveaux. De plus il est aisé d'apercevoir les impossibilités auxquelles doit tout d'abord échouer une telle doctrine. Comment saura-t-on si la valeur des biens présents est égale à la somme donnée, et si les biens que le donateur laissera à l'épo-

---

(1) Fenet, t. 13, p. 359 à 361.

que de son décès seront encore les mêmes que lors de la donation.

« Aussi cette objection a-t-elle produit un véritable « schisme entre les partisans de cette doctrine. » Quelques-uns et en particulier Grenier ont répondu que la donation d'une somme payable au décès du donateur ne serait valable que dans le cas où le donateur en aurait garanti le paiement par une affectation hypothécaire sur les immeubles présents. « Mais quoi ! Est-ce « que la validité même de la donation pourrait dépendre de la circonstance qu'elle sera ou ne sera pas « accompagnée d'une hypothèque ? »

L'hypothèque n'est qu'une garantie accessoire qui implique une obligation principale valable en elle-même. Elle assure le paiement sans doute d'une manière plus efficace, mais elle n'a trait qu'à son exécution et non point à la validité intrinsèque de la créance.

La donation est valable indépendamment de toute garantie. Du jour, en effet, de l'acceptation du donataire le contrat de donation est formé. Le donateur est irrévocablement lié, seulement l'effet de son obligation est suspendu jusqu'à sa mort. « *In dispositione « sunt duo, disait Dumoulin : dispositio verò statim « ligat nec suspenditur; licet executio habeat tractum ad mortem* » (1). L'apposition d'un terme incertain ne saurait annuler un pareil acte. Il doit être con-

---

(1) Sur l'art. 330 de la coutume du Bourbonnais.

sideré comme donation entrevifs lors même que le paiement de la somme a été renvoyé au jour du décès du donateur à moins que les clauses du contrat et les circonstances dans lesquelles il a été fait ne répugnent à l'idée de dessaisissement actuel de la part du donateur (1).

Grande en effet est la différence entre la donation d'une somme payable au décès et la donation d'une somme à prendre sur la succession. Dans le premier cas le donateur ne peut annuler la donation, ce qui lui est possible dans le second cas. C'est d'ailleurs la distinction que font les arrêts : « Attendu, dit l'un deux, « que les auteurs et la jurisprudence distinguent entre « le cas où la donation a été faite avec l'ajournement « de l'exigibilité à une époque déterminée et celui où le « donateur a voulu que l'émolument en fût pris sur les biens, qu'il laisserait à son décès... » (2)

La question de savoir s'il y a irrévocabilité est une question d'intention et par conséquent de fait et qui sera de la compétence des juges. Ceux-ci auront pour se prononcer à examiner les clauses de l'acte, les circonstances dans lesquelles il a eu lieu. Ainsi le plus souvent on regarde comme indiquant le dessaisissement actuel la promesse que ferait le donateur de servir les intérêts de la somme donnée, la constitution d'une hypo-

---

(1) Sirey, 1836, 1, p. 153. — 1857, 2, p. 337.

(2) Agen, 10 juin 1851 D. 31-2-228.

thèque pour sûreté de cette somme, la réserve d'usufruit ou la clause de retour (1).

Le donataire étant un créancier à terme a les droits de tout créancier de cette nature. Il peut exercer tous les actes conservatoires, faire usage de l'action indirecte (1166) lorsque le donateur néglige d'exercer ses propres actions.

Lorsqu'une hypothèque lui a été conférée pour garantie du paiement de sa créance, il peut en requérir l'inscription; pareillement si le donateur diminue les sûretés qu'il avait affectées en garantie, il a le droit d'exiger un complément de garantie, par exemple une hypothèque sur les biens présents ou sur les biens à venir. De plus si le donateur tombe en faillite ou en déconfiture sa créance devient exigible et il a le droit de produire.

Quelle va être maintenant sa situation à la mort du donateur, c'est-à-dire au moment où le terme est arrivé? Sa créance devenant exigible il pourra en réclamer le montant. Si l'actif de la succession est insuffisant pour le désintéresser complètement, il peut poursuivre pour le surplus l'héritier qui est tenu *ultra vires*. Sans doute celui-ci acceptera le plus souvent la succession sous bénéfice d'inventaire, mais il arrivera quelquefois aussi, que l'héritier sera obligé au paie-

---

(1) Riom, 25 février 1825.

Orléans, 17 janvier 1862, D-1862-2-51.

Cassation, 26 janvier 1886 S. 88-1-253.

ment du tout, soit qu'il y ait prescription ou condamnation contre lui, soit encore qu'il veuille faire honneur aux engagements du *de cuius*.

Si l'actif de la succession est insuffisant et que l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire, le donataire peut se trouver en concours soit avec des créanciers à titre onéreux (dont le titre, nous le supposons, n'est pourvu d'aucune cause de préférence), soit avec d'autres donataires de sommes d'argent.

Se trouve-t-il en présence de créanciers chirographaires? Il sera payé au marc le franc. L'art. 2093 du code civil fait en effet de tous les biens que le débiteur laisse à son décès le gage commun de tous les créanciers. Il ne distingue nullement entre les créanciers à titre gratuit et les créanciers à titre onéreux, et la distinction qu'il ne fait pas, aucun autre texte ne la consacre. Il faut donc nécessairement appliquer aux uns et aux autres la règle de la distribution par contribution.

Ce qui est vrai c'est que les créanciers à titre onéreux peuvent prétendre que la donation a été faite en fraude de leurs droits, et la faire annuler comme telle en se prévalant de la disposition de l'article 1167. Mais s'ils ne le font point ils doivent nécessairement subir le concours du donataire, puisqu'il s'agit d'un créancier au regard duquel ils n'ont aucune cause légale de préférence.

Le donataire devrait même primer les créanciers si la donation avait été accompagnée de garanties, d'où résulte pour lui des causes légitimes de préférence, si

par exemple le donateur lui avait conféré un gage, une hypothèque. Il nous paraît incontestable que sur le prix de la chose affectée à la garantie de la libéralité qui lui a été faite, le donataire ne devrait pas subir le concours des autres créanciers ; le tout bien entendu sauf la réserve de l'application de l'article 1167.

La question est plus délicate lorsque les créanciers sont des donataires successifs de sommes payables au décès. Il semblerait à première vue que le caractère d'irrévocabilité exige que les donations soient réduites par ordre de date. Autrement ce serait permettre au donateur de révoquer partiellement la donation en lui accordant le droit de faire des donations postérieures dont le montant serait payé au marc le franc avec la première. D'ailleurs, ajoute-t-on, il y a un texte formel, l'article 923, qui déclare que si les libéralités entre vifs et testamentaires entament la réserve on ne doit réduire les premières qu'après avoir épuisé les secondes, et que, s'il y a lieu à la réduction des donations, elle se fera en commençant par la dernière en date, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.

Qu'importe en effet, dit-on, que la réduction des donations soit rendue nécessaire, parce qu'elles dépassent la quotité disponible ou par suite de cette autre circonstance que les biens du donateur sont insuffisants pour payer toutes les donations !

On ajoute enfin que d'après l'article 1083 les donations de biens à venir, qui en vertu de l'article 1082 sont exceptionnellement permises en faveur du mariage, ne pourront recevoir aucune atteinte de donations pos-

térieures. A fortiori, ce que la loi dit des donations de biens à venir, qui sont moins irrévocables que les donations ordinaires, doit s'appliquer à ces dernières.

Malgré toutes ces considérations, nous croyons préférable de dire que les donataires de sommes d'argent doivent être payés entr'eux au marc le franc.

En effet, que fait une personne qui se reconnaît débitrice d'une somme de 1000 francs par exemple, payable à son décès ? Elle donne simplement un droit personnel de créance, un droit qui par conséquent est complètement indépendant des biens qu'elle peut avoir actuellement. Comme tout créancier personnel et chirographaire le donataire ne saurait avoir la prétention que son droit de créance fasse obstacle à ce que le débiteur contracte ensuite des dettes nouvelles. « Le droit qui lui a été donné est ainsi fait qu'il n'en demeure pas moins dans sa plénitude et dans son intégrité, malgré les dettes nouvelles à titre onéreux ou à titre gratuit que le donateur pourra contracter dans la suite. Son droit demeure toujours après comme avant ce qu'il était, savoir : un droit de créance personnelle, soumis par sa nature même ou plutôt par son essence à toutes les éventualités qui dans l'avenir pourront augmenter ou diminuer le nombre des créanciers d'un même débiteur, susceptibles de concourir avec lui, ou même de le primer ».

Sans doute le donataire antérieur peut prétendre que la donation postérieure a été faite en fraude de ses droits et nous ne demandons pas mieux d'admettre que cette prétention pourra être sérieuse et réussir,

dans le cas où le donateur n'avait pas et savait effectivement qu'il n'avait pas au moment de la deuxième donation des biens suffisants pour satisfaire aux droits des deux donataires. Mais alors ce n'est pas un droit de préférence que le premier donataire pourra demander contre le second donataire; ce qu'il pourra seulement demander, c'est la nullité de la deuxième donation en vertu de l'article 1167.

Hormis ce cas, admettre que les donataires successeurs de sommes payables au décès ne doivent pas être payés au marc le franc, c'est aboutir fatalement à la théorie de Grenier et ne valider les diverses donations qu'en tant que les biens actuels du donateur seront suffisants. Ce qui est inadmissible comme nous l'avons montré plus haut (p. 134).

La solution que nous adoptons n'est nullement en contradiction avec l'article 923. Nous avons eu en effet déjà l'occasion de faire remarquer qu'il ne peut s'appliquer dans l'hypothèse. Il règle en effet une question d'indisponibilité et d'imputation beaucoup plus que d'irrévocabilité. Les situations ne sont pas les mêmes : « Ne voit-on pas, disait Labbé, quelle énorme différence il y a, entre le cas où il s'agit d'enlever à un donataire une partie de ce dont il est devenu propriétaire afin de compléter la réserve, et le cas où il s'agit de déterminer ce qu'un droit pur et simple de créance autorise ce donataire à toucher, à exiger d'un débiteur insolvable. »

Reste enfin l'argument qui a été déduit de l'article 1083.

De deux choses l'une : ou il s'agit d'une donation universelle de biens présents et à venir, et dans ce cas si le donataire postérieur d'une somme payable au décès, ne peut pas l'obtenir à l'encontre du donataire universel antérieur cela n'a rien de particulier à la donation d'une somme payable au décès, puisque toute autre donation entre vifs ne serait pas valable à l'égard du donataire : c'est qu'en effet la donation universelle a produit en sa faveur une sorte de réserve et par suite d'indisponibilité.

Ou il s'agit d'une donation de biens à venir, qui a elle-même pour objet une somme payable au décès. Et dans ce cas nous maintenons notre doctrine même à l'encontre de ce donataire de biens à venir, et nous décidons que le donataire entre vifs, postérieur d'une somme payable au décès, aura le droit de venir par contribution avec lui, car le donataire de biens à venir n'aurait dans le cas aussi qu'un simple droit de créance, et il nous paraît impossible que ce dernier ait un droit plus solide que le donataire entre vifs de biens présents.

Simple créanciers chirographaires, ne pouvant invoquer à l'égard les uns des autres aucune cause de préférence, les donataires successifs de sommes d'argent exigibles au décès doivent être payés par contribution.

Mais il est possible que le donateur ait constitué au profit du donataire postérieur, un gage, une hypothèque par exemple : ce dernier à notre avis pourra s'en prévaloir, bien que ce ne soit pas l'opinion de MM. Au-

bry et Rau. On lui reconnaît en effet le droit de faire prévaloir sa cause de préférence s'il est en présence de créanciers à titre onéreux. Pourquoi donc en serait-il différemment parce qu'il se trouve concourir avec des créanciers à titre gratuit ? Il arrivera quelquefois que la donation postérieure aura été faite en fraude et la constitution de gage ou d'hypothèque en sera souvent un indice. Mais il est possible qu'elle ait été faite de bonne foi. Pourquoi donc refuser au donataire de s'en prévaloir ? Supposons que le donateur ait fait postérieurement la donation d'un immeuble ; le donataire antérieur d'une somme d'argent payable au décès devrait respecter le droit réel de propriété s'il a été transcrit. Ne doit-il pas également respecter un droit réel de préférence s'il a été inscrit ?

§ II. — *Nullité de la donation quant aux biens à venir.*

« La donation entre vifs, dit l'article 943, ne pourra  
« comprendre que les biens présents du donateur ; si  
« elle comprend les biens à venir elle sera nulle à cet  
« égard ».

L'article 15 de l'ordonnance de 1731 annulait la donation toute entière même quant aux biens présents. L'auteur de l'ordonnance avait considéré une semblable donation comme indivisible dans la pensée du donateur. Il en avait conclu qu'elle ne pouvait être déclarée nulle pour partie seulement et valable pour le surplus.

Mais la supposition contraire n'est-elle pas beaucoup plus vraisemblable ? N'est-il pas plus probable que le donateur a voulu comme le dit Cujas, « *utilem partem donationis non vitiari per inutilem* », que dans sa pensée en un mot la donation était valable quant aux biens présents ?

Ainsi l'a jugé notre législateur et nous n'hésitons pas à croire que sa solution est préférable à celle de l'ordonnance de 1731.

Comme il ne l'a fait que par interprétation de la volonté des parties nous devons admettre que si le donateur avait manifesté une intention contraire la libéralité devrait être nulle pour le tout.

D'ailleurs Bigot-Préameneu admettait que la preuve contraire à la présomption d'indivisibilité était reconnue dans notre ancien droit (1). On doit donc l'admet-

---

(1) Nous avons l'occasion de montrer (p. 116 et s.) que sous le régime de l'ordonnance de 1731 le donateur ne pouvait, malgré une déclaration expresse de sa part en ce sens, faire valoir la donation quant aux biens présents.

L'opinion de Bigot-Préameneu était donc erronée. Mais il n'en reste pas moins certain que pour lui la donation devait être nulle pour les biens à venir seuls, uniquement par interprétation de la volonté des parties, d'autant plus qu'à ses yeux la tradition était en ce sens.

Les rédacteurs du code ayant adopté l'opinion de Bigot l'art. 943 se trouve par le fait même régler une question de présomption régie par l'article 1352.

tre contre la présomption de divisibilité consacrée par le code. Cela est d'ailleurs en harmonie avec les règles qui régissent les présomptions légales. Elles autorisent la preuve contraire sauf dans les cas exceptionnels prévus par l'article 1352. Or, la présomption de divisibilité n'a rien de commun avec ces exceptions ; on rentre donc dans la règle et par conséquent les parties intéressées pourront prouver que dans l'intention du donateur la donation est indivisible (1).

La donation est donc nulle à l'égard des biens à venir. Mais quel est le *caractère de cette nullité*? Est-elle absolue ou relative? Si elle est absolue le donateur, ses héritiers aussi bien que le donataire et les tiers intéressés auront le droit de la faire valoir ; la donation dans la suite ne pourra être confirmée et servir de titre à la prescription. Si la nullité est seulement relative le donataire seul aura le droit de s'en prévaloir ; la donation pourra lui servir de titre à la prescription ; et enfin elle sera susceptible d'être confirmée par une ratification expresse ou tacite émanée du donateur.

En général on s'accorde à reconnaître que la donation est simplement annulable. « En matière de donation, dit M. Laurent (2), la loi consacre formellement « la théorie des actes inexistants en ce qui concerne

---

(1) Laurent T, 12 p. 504.

(2) T. 12, p.530.

« les vices de forme (1339). L'irrévocabilité n'est pas  
« une condition de forme, il est vrai qu'on l'appelle  
« parfois forme intrinsèque ; mais l'expression est mau-  
« vaise et même contradictoire, car la notion de forme  
« est identique avec l'idée de solennités extérieures.  
« Toutefois l'on pourrait dire que l'irrévocabilité étant  
« l'âme des donations elle est en cela même de son  
« essence : ce qui conduit à considérer la donation  
« comme inexistante lorsqu'elle est révocable. La ques-  
« tion est douteuse. Les seules conditions requises  
« pour l'existence d'une donation sont le consentement,  
« un objet, une cause licite et les formes légales (1108).  
« Dans l'espèce on ne pourrait invoquer que la troi-  
« sième de ces conditions en considérant la révocation  
« comme une cause illicite. Cela nous paraît difficile  
« à admettre. La vraie cause de donation c'est l'es-  
« prit de la libéralité qui anime le donateur. On ne  
« peut pas dire que le donateur qui fait une dona-  
« tion qu'il lui est permis de révoquer indirectement  
« n'ait pas l'intention de gratifier le donataire ; il y a  
« une cause et cette cause est certainement licite.  
« Seulement le donateur y met une modalité. C'est-à-  
« dire que la donation existe, mais qu'elle est simple-  
« ment annulable ».

Malgré l'autorité de cet éminent auteur, nous ne partageons pas cette manière de voir et nous estimons que la donation est radicalement nulle. Sans doute, on ne peut prétendre, comme le fait remarquer fort justement M. Laurent, que la donation est faite sous une cause illicite, ou que le consentement n'existe pas.

Pour nous cette nullité découle uniquement et nécessairement du principe écrit dans l'article 1129, qui veut que l'objet de toute obligation soit certain, c'est-à-dire déterminé au moins quant à son espèce. Mais ce qu'il y a de particulier à la donation, c'est que la détermination de cet objet est entendue d'une façon beaucoup plus rigoureuse. On veut que d'aucune manière il soit possible au donateur de faire varier l'étendue de l'obligation qu'il a contractée.

Manquant d'une des quatre conditions essentielles qu'exige l'article 1108, nous ne devons pas hésiter à admettre que la donation de biens à venir est frappée de nullité absolue.

De ce qu'elle est radicalement nulle il résulte qu'elle ne peut produire aucun effet. Le donateur restera donc propriétaire des biens donnés, alors même qu'il les aurait livrés; il pourra dans la suite en disposer soit entre-vifs soit par testament (1). Enfin il aura contre le donataire une action en nullité pour les lui reprendre. M. Laurent (2) lui reconnaît, il est vrai, ce droit; mais il n'explique nullement comment il le lui accorde. Aussi, croyons-nous, il est en contradiction avec lui-même.

Comme la donation est nulle à l'égard de tous, les héritiers du donateur auront également la faculté de se prévaloir de la nullité. L'article 946 d'ailleurs la

---

(1) Lyon, 8 février 1867. D. 67-2-154.

(2) T. 12, p. 351.

leur reconnaît expressément, dans le cas où le donateur se serait réservé le pouvoir de disposer d'un effet ou d'une somme compris dans la donation.

Ce droit appartient également aux créanciers. Ceux-ci pourront user de l'article 1166 et faire rentrer les biens donnés dans le patrimoine de leur débiteur.

Les donataires postérieurs, le donataire lui-même pourront également invoquer la nullité de la donation lorsqu'ils y trouveront intérêt. Et cet intérêt apparaîtra pour les premiers lorsque, par exemple, les libéralités à eux faites entament la réserve, pour le second lorsque la donation lui a été consentie sous des charges auxquelles il veut se soustraire.

Ne produisant aucun effet cette donation ne pourra servir de juste titre à la prescription de dix à vingt ans. Le donataire n'aura la ressource que de la prescription trentenaire.

Le donateur ne pourrait davantage confirmer dans la suite la libéralité soit par une ratification expresse soit par une ratification tacite telle que l'exécution volontaire (1339).

Mais ce que la loi lui refuse elle l'accorde à ses héritiers. « La ratification, la confirmation, ou l'exécution « volontaire d'une donation, dit l'article 1340, par les « héritiers ou ayants-cause du donateur, après son « décès emporte leur renonciation à opposer soit les « vices de forme, *soit toute autre exception* ». Exception bizarre qui permet aux héritiers de quelqu'un de faire ce qu'on refuse à leur auteur et de rendre pour ainsi dire la vie à un acte qui n'a jamais existé. Cela ne

peut s'expliquer à notre avis que par une inadvertance du législateur, qui a reproduit une disposition de notre ancien droit. Autrefois le principal motif de l'irrévocabilité était la conservation des biens dans les familles, par conséquent l'intérêt des héritiers : il était tout naturel alors de leur permettre de respecter les actes faits en quelque sorte en fraude de leurs droits. Ce motif existe encore de nos jours, mais il a singulièrement diminué d'importance. Aussi la disposition de l'article 1340 paraît-elle surannée.

La donation quant aux biens à venir ne produit par elle-même aucun effet. L'adjonction par les parties d'une clause expresse ne saurait davantage la valider. On s'accorde, en effet, à reconnaître que toute clause qui directement ou indirectement aurait pour but de le faire devrait être considérée comme nulle et non avenue. La loi le dit spécialement pour les dispositions que vise l'article 946.

## CHAPITRE SECOND

### DE LA DONATION CUMULATIVE DE BIENS PRÉSENTS ET À VENIR OU INSTITUTION ALTERNATIVE.

« Tout législateur, disait Bigot-Préameneu, doit encourager les mariages et c'est les encourager que de donner le plus libre cours aux donations sans lesquelles ses liens ne se formeraient pas. »

Aussi par son article 1082 notre code a-t-il permis, par contrat de mariage, les donations de tout ou partie des biens qu'on laisserait à son décès.

Ce contrat lie irrévocablement le donateur, en ce sens qu'il ne peut plus disposer à titre gratuit des biens donnés que dans des limites très restreintes (1083). Mais il peut dissiper en entier son patrimoine par des aliénations à titre onéreux, et en conséquence il peut anéantir complètement l'effet de sa libéralité.

Pour remédier à cet inconvénient l'article 1034 décide : « La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges existantes au jour de la donation : auquel cas il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens

« présents, en renonçant au surplus des biens du donateur ».

L'étude de cette « donation cumulative » fera l'objet de ce deuxième chapitre.

### § 1. — *Caractère de cette donation.*

Nous avons vu que certains auteurs des pays du droit écrit considéraient la donation de biens présents et à venir comme une double donation, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir. Certains jurisconsultes modernes ont souscrit à cette opinion ; mais à tort selon nous.

Cela résulte de l'intention du législateur et des termes qu'il a employés.

Dans une simple donation de biens à venir il est toujours à craindre que le donateur ne dissipe sa fortune et prive ainsi le donataire du bénéfice qu'il pouvait espérer à juste titre retirer de la donation. Il s'agissait donc de trouver un remède contre ce danger, c'est-à-dire une combinaison qui sans dépouiller actuellement le donateur de ses biens présents, les assurent du moins éventuellement et subsidiairement au donataire pour l'époque de son décès. Or c'est précisément cette combinaison que réalise la donation cumulative de biens présents et à venir.

« C'est-à-dire que loin de faire deux donations distinctes, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir, les parties ne veulent en faire qu'une, et cette

« donation unique en effet ne sera jamais l'une et l'autre mais toujours l'une ou l'autre » (1).

D'ailleurs à quoi serviraient les articles 1084 et 1085. si la donation cumulative n'était qu'une donation de biens présents et une autre de biens à venir il était inutile d'en consacrer à nouveau la validité : L'article 1081 autorise les donations de biens présents et l'article 1082 celles des biens à venir.

Il y a plus, les articles 1084 et 1085 seraient inexplicables en tant qu'ils soumettraient l'option du donataire à la condition [qu'un état des dettes et charges du donateur, existantes lors de la donation, aura été dressé. S'il s'agissait de deux donations juxtaposées le donataire aurait toujours le droit d'accepter l'une sans l'autre et indépendamment de toute condition de ce genre (2).

Il résulte d'ailleurs des articles 1084, 1089 et 1093 que telle a été l'intention du législateur.

L'article 1084 reporte en effet au décès du donateur l'effet complet de la donation cumulative, ce qui ne pourrait avoir lieu, quant aux biens présents, s'il y avait une double donation.

L'article 1089 ne fait pas non plus de distinction lorsqu'il dit qu'elle sera caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité : ce qui ne pourrait se pro-

---

(1) Demolombe, *Donations*, t. 6, p. 377.

(2) Montpellier, 28 août 1865. D. 65-2-196.

duire s'il y avait une double donation ; les biens présents seraient transmissibles aux héritiers.

Pareille disposition se retrouve dans l'article 1093. La donation est caduque pour le tout, même à l'égard des enfants, lorsque l'époux donataire prédécède.

Est-ce à dire que toute donation portant sur des biens présents et sur des biens à venir sera nécessairement une donation cumulative, c'est-à-dire une donation unique ? Certes non ! En contrat de mariage la donation de biens présents est autorisée par l'article 1081 ; l'article 1082 valide celle des biens à venir. Elles pourront donc entrer concurremment dans les dispositions de ce contrat et elles auront une existence indépendantes l'une de l'autre. Aussi ne saurions-nous qu'approuver un arrêt de la cour de cassation du 21 janvier 1874 (1) déclarant une donation valable quant aux biens à venir et nulle quant aux biens présents, pour inexécution des conditions. Dans l'espèce en effet, les parties avaient entendu faire une double donation.

C'est aux juges du fait qu'il appartiendra d'interpréter souverainement l'intention des parties. Certaines clauses pourront servir à les guider. C'est ainsi que la réserve d'usufruit, ou la stipulation du droit de retour sur les biens présents pourront faire présumer que les parties ont voulu faire quant à ces biens une donation immédiatement translatrice de propriété, tandis qu'à

---

(1) D. 1874-1-312.

l'égard des biens à venir l'effet de la libéralité serait suspendu jusqu'au décès du donataire.

Quel est maintenant le véritable caractère de la donation cumulative ?

On n'admet généralement qu'elle n'est qu'une institution contractuelle perfectionnée.

Tous les auteurs reconnaissent en effet que le donataire a, au décès du gratifiant, le droit de renoncer à la donation, que s'il prédécède ses enfants sont mis à son lieu et place. Et cependant l'article 1084 ne le dit pas formellement. C'est que, à notre avis, le contrat dont il s'occupe étant le même que celui visé par l'article 1082, le législateur a jugé inutile de se répéter dans l'article 1084.

Cette solution ne soulève aucune difficulté si le donataire opte pour les biens à venir. Mais s'il s'en tient aux biens présents la donation change-t-elle de caractère ! La grande majorité des auteurs estime qu'elle se transforme en simple donation de biens présents. Ce n'est pas notre sentiment. « La loi ne dit pas que la  
« donation cesse d'être une institution contractuelle  
« lorsque le donataire opte pour les biens présents.  
« elle dit seulement que le donataire s'en tient aux  
« biens présents, ce qui est tout autre chose. Le donataire reste ce qu'il était, un héritier contractuel, mais  
« par exception au droit commun il peut diviser son  
« acceptation et renoncer au surplus des biens. Il est  
« donc un héritier partiel. Cela est une étrange anomalie, mais nous sommes en une matière tout à

« fait exceptionnelle, toute de faveur. Le texte est bien  
« en ce sens. L'article 1084 dit que le donataire renonce  
« au surplus des biens du donateur. Sa renonciation est  
« donc partielle, donc son acceptation l'est aussi. Et en  
« quelle qualité accepte-t-il ? et en quelle qualité renon-  
« ce-t-il ? Il n'en a d'autre que celle de donataire uni-  
« versel ou d'héritier contractuel. Donc il reste héritier  
« contractuel avec cette modification qu'il ne l'est que  
« pour partie, il est héritier de biens présents. Il y aura  
« un autre héritier de biens à venir où la succession  
« sera vacante si personne ne la réclame et si les héri-  
« tiers connus y renoncent (1) ».

On peut nous répondre il est vrai, que l'expression  
« héritiers pour certains biens » est contradictoire. Le  
mot héritier évoque en effet l'idée d'une personne ayant  
vocation à l'universalité d'une succession. Il paraît donc  
difficile de considérer comme héritier, même contrac-  
tuel, le donataire optant pour les biens existant lors du  
contrat.

Si cette conception d'un héritier pour certains biens  
n'avait, dans les dispositions de notre code, que cette  
unique application, on pourrait à juste titre trouver  
téméraire la théorie que nous soutenons. Mais il n'en  
est rien.

Dans trois textes différents le législateur consacre  
des solutions analogues. L'adoptant (article 351), l'as-

---

(1) Laurent, t. 15, p. 315.

cendant (art. 747), les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel (766) pourront dans certains cas exercer le droit de retour légal. Et ce droit est bien un droit de succession : l'article 747 le dit expressément. Voilà donc des héritiers pour certains biens qui n'auront jamais vocation à l'universalité de la succession s'ils ne font valoir que le titre en vertu duquel ils recueillent une partie déterminée de cette succession.

La donation cumulative reste donc dans tous les cas une institution contractuelle, perfectionnée il est vrai, puisque le donataire a un droit d'option. Aussi ne saurions-nous mieux la dénommer que « **institution alternative** », expression que nous trouvons préférable à celle de « institution cumulative », qu'emploie M. Laurent. Mieux que cette dernière elle indique que l'effet de la libéralité dépend du terme de l'alternative en faveur duquel le donataire se décidera.

§ 2. — *Dans quel acte doit être faite l'institution alternative.*

L'institution alternative doit être faite dans le contrat de mariage du bénéficiaire et à son profit. L'article 1084 ne laisse aucun doute à ce sujet.

« La donation par contrat de mariage, dit-il, ... »

Aussi avons-nous quelque peine à comprendre que malgré les termes explicites de cet article certains auteurs aient prétendu qu'une donation était valable hors de ces cas. Nous ne croyons pas que les donations

faites en faveur du mariage, mais en dehors du contrat soient valables. Nous ne parlons pas de la contre-lettre qui n'est qu'une partie du contrat de mariage, et qui peut comprendre des libéralités au même titre que ce contrat. En tout autre cas, la donation ne peut avoir d'effet. Le contrat de mariage forme, on le sait, un tout indivisible. Supposons qu'une personne fait une donation en dehors du contrat. Elle croit que les époux adopteront telle ou telle clause matrimoniale, tel régime. Puis, dans la suite, les époux changent les dispositions primitivement adoptées. Peut-être ce changement eût-il empêché le donateur de faire sa libéralité. Cet inconvénient n'aura pas lieu si la donation est contenue dans le contrat de mariage.

On ne saurait admettre qu'une donation de biens à venir, nulle par conséquent, puisse devenir valable, parce qu'elle serait confirmée dans un contrat de mariage. Si Furgole pouvait consacrer une telle solution même après l'ordonnance, cela nous paraît aujourd'hui impossible devant les termes formels de l'article 1339.

### § III. — *Au profit de qui peut-elle être faite?*

Il faut de plus que la donation soit faite au profit des futurs époux. On ne peut donc valider la clause d'association. On ne peut pas non plus comme sous l'empire de l'ordonnance, donner directement aux enfants à naître. C'est là une innovation du législateur de 1804.

La donation de biens à venir diffère de celle de

biens présents par contrat de mariage, en ce qu'elle est soumise à la condition tacite de survie du donataire. Au cas de prédécès du donataire les biens ne passeront pas à ses héritiers. Toutefois la loi a consacré une exception en faveur des enfants issus du mariage. « Pareille donation, dit l'article 1082, quoique  
« faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux,  
« sera toujours dans le cas de survie du donateur,  
« présumée faite au profit des enfants et descendants  
« à naître du mariage ».

Le code fait ici une nouvelle innovation. Il n'admet pas que l'institution soit faite subsidiairement au profit d'un seul ou de quelques-uns des enfants : il veut que tous aient les mêmes droits.

On étend cette faveur aux enfants légitimés, mais on la refuse aux enfants issus d'un précédent mariage.

C'est en vertu d'une simple présomption que les enfants viennent à défaut de leurs parents, on suppose à juste titre qu'après le décès de leur auteurs, l'affection du donateur se reportera sur eux. Ce n'est d'ailleurs qu'une simple présomption et comme elle ne rentre pas dans le cas de l'article 1352 nous admettons qu'une déclaration expresse du donateur pourra la faire tomber.

#### § IV. — *Par qui peut-elle être faite ?*

Comme l'ordonnance, le code reconnaît à toute personne, même étrangère, le droit de faire pareilles dona-

tions. Mais il s'en distingue en ce que ce droit est donné expressément aux futurs époux. En effet l'article 1091 dispose en ces termes : « Les époux pour-  
« ront par contrat de mariage se faire réciproquement,  
« ou l'un des deux à l'autre, telles donations qu'ils  
« jugeront à propos, sous les modifications ci-après  
« exprimées. »

Ces donations sont soumises à d'autres conditions que celles faites par des tiers. L'article 1093 nous dit que le bénéfice de la donation ne passe pas aux enfants en cas de prédécès de l'époux donataire. La présomption est que la donation fut faite primitivement au profit du conjoint seul. D'ailleurs l'intérêt des enfants est ici bien minime puisqu'ils retrouveront les biens dans la succession du parent donataire.

Les époux peuvent-ils se faire de pareilles donations pendant le mariage? C'est là une question très délicate.

Sous l'ancien régime on leur refusait ce droit, parce que en dehors du don mutuel toute donation leur était interdite pendant le mariage. Notre législation leur permet de se faire des libéralités pendant le mariage, mais elle déclare que ces libéralités seront toujours considérées comme à cause de mort et à ce titre révocables *ad nutum*.

En général on leur reconnaît ce droit. En effet l'article 947 dispose en particulier que les articles 943, 944, 945 et 946 ne sont pas applicables aux donations dont est mention au chapitre IX : donc le don entre époux dont il est traité à ce chapitre échappe aux articles 943 et suivants.

Cela résulte même implicitement de l'article 1096. Pourquoi la loi ne permet-elle pas de donner ses biens à venir ? C'est une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs. Or, les donations entre époux sont essentiellement révocables ; il est donc très logique qu'elles puissent avoir pour objet des biens à venir. Il est vrai que le code n'admet les dons de biens à venir qu'en faveur du mariage, et l'on ne peut pas dire sans forcer les termes qu'une libéralité faite entre conjoints favorise leur union. On ne peut expliquer cette nouvelle dérogation au principe qui prohibe les pactes successores que par la grande faveur dont la loi entoure l'union légitime même après qu'elle est formée.

§ V. — *Sur quoi peut-elle porter ?*

L'article 1084 nous dit que « la donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir en tout ou en partie. »

L'institution alternative de même que le legs peut donc s'appliquer à l'universalité des biens du disposant. Si elle ne porte que sur une quote part de ces biens elle sera à titre universel.

Peut-elle être à titre particulier ?

Si on s'en tenait aux termes de l'article 1084 on pourrait peut-être lui refuser cette qualité.

En effet, « partie des biens » ne veut-il pas dire quote-part du patrimoine ? On peut répondre à cet

argument que la simple lecture de l'article 895, qui contient une disposition semblable en matière de testament permettra d'admettre par analogie que de même qu'il y a des legs particuliers à côté des legs universels sous l'expression *partie des biens*, il y aura une institution alternative à titre particulier.

§ VI. — *Effets de l'institution alternative.*

**Pendant sa vie** le donateur conserve la libre disposition de sa fortune. Il peut aliéner à titre onéreux, soit les biens existants lors de la donation, soit ceux acquis postérieurement. Les créanciers pourront saisir également ces biens. En un mot le donateur aura les mêmes droits que l'instituant. Seules donc les dispositions à titre gratuit, en dehors de celles portant sur des sommes modiques (1083), lui seront interdites ; et encore ces aliénations ne sauraient être critiquées si le donataire renonçait au bénéfice de la libéralité.

Il en résulte que le donataire n'acquiert pas la propriété, soit des biens présents, soit des biens à venir alors même que dans la suite ils lui auraient été livrés (1).

Si ces biens étaient des meubles quelquefois on pour-

---

(1) Mais rien n'empêche le donateur de transformer la libéralité en donation de biens présents. Il sera dans ce cas obligé de faire un nouveau contrat. En ce sens, cass. 29 novembre 1858.

rait voir dans la tradition des objets donnés une donation manuelle. Le donataire en deviendrait donc propriétaire ; mais ce serait en vertu de sa nouvelle qualité de donataire de biens présents.

Le donataire ne peut se prononcer sur son droit puisqu'il n'est pas ouvert. Autrement son acceptation ou sa renonciation anticipée devrait être considérée comme un pacte sur succession future, comme tel prohibé par l'article 1130. Il en est de même de la faculté d'option que la loi lui accorde. C'est au décès seulement, nous dit expressément l'article 1084, qu'il peut l'exercer. Il ne pourra donc en user d'aucune façon avant cette époque. C'est ainsi que le consentement qu'il aurait donné aux aliénations faites par le donateur ne saurait l'engager.

**Lors du décès** du donateur s'ouvre pour lui le droit de prendre les biens à venir, ou de s'en tenir aux biens présents, ou même de renoncer complètement au bénéfice de la libéralité.

L'article 17 de l'ordonnance déclarait que le donataire avait ces trois partis ; l'article 1084 ne mentionne que la faculté de prendre les biens à venir ou celle de s'en tenir aux biens présents ; « mais si notre « texte nouveau n'exprime pas expressément cet autre « parti que le donataire pourra prendre il le sous-entend « de la manière la plus évidente » (1), et nous ajoutons

---

(1) De molombe. *Donations*. T. 6 p. 380.

même que c'est avec intention, car il n'a pas voulu montrer autre chose sinon que la donation cumulative n'est qu'une institution contractuelle.

Que se passera-t-il si l'époux donataire prédécède ? Comme nous l'avons vu les enfants sont appelés à son défaut au bénéfice de la libéralité. Mais en vertu de quel droit ? Est-ce par représentation ou en vertu d'un droit propre ? La solution généralement admise est celle qu'adoptaient nos anciens auteurs (p. 98 et suiv.). Les enfants ont un droit propre qu'ils tiennent de la substitution vulgaire expresse ou tacite renfermé dans le contrat de mariage. Comme ils ne viennent pas par représentation ils peuvent donc accepter la donation sans pour cela s'être portés héritiers de leur auteur. Ce droit leur serait également reconnu si ce dernier était indigne ou avait renoncé à la donation.

Les enfants peuvent-ils exercer le droit d'option ? L'article 1084 ne l'accorde expressément qu'à l'époux donataire ; et cependant on est unanime à reconnaître que les enfants jouissent de la même faculté. Cependant si l'on appliquait les principes généraux, il semblerait que cela est impossible. Comment en effet peut-on dire que des personnes deviennent propriétaires à une époque où elles ne sont pas encore conçues ? Et cependant on s'accorde généralement pour laisser le droit d'option aux enfants venant à défaut de leurs parents.

Mais pour le leur reconnaître nous ne saurions invoquer le motif allégué par Troplong et considérer que les enfants sont en quelque sorte parties au contrat de

mariage. « Dans les contrats de mariage qui n'ont  
« d'autre but que les enfants, dit cet auteur, ceux-ci  
« sont en quelque sorte parties au pacte de famille.  
« Le donateur qui a gratifié le père par son contrat de  
« mariage n'a agi que « *ad spem liberorum* » (1).

Bien préférable en effet est l'opinion de M. Laurent.  
Cet auteur fait remarquer que la loi ne dit pas que la  
donation se transforme en donation de biens présents;  
autrement, « si elle posait ce principe il faudrait déci-  
« der que les enfants ne peuvent pas opter pour les  
« biens présents, car ils ne peuvent pas être donataires  
« à un moment où ils ne sont pas conçus (906). L'arti-  
« cle 1084 dit seulement que le donataire peut s'en tenir  
« aux biens présents; il ne les prend qu'au décès du  
« donateur et il n'en devient propriétaire qu'à ce mo-  
« ment. Rien n'empêche donc les enfants d'exercer le  
« droit d'option que la loi accorde au donataire » (2).

Que décider si les enfants ne s'accordent pas sur la  
manière d'exercer leur droit d'option? L'ancien droit  
donnait au juge un pouvoir souverain d'appréciation :  
le tribunal pouvait imposer à tous les enfants le parti  
qui lui semblait le plus avantageux. Il y aurait peut-être  
encore lieu d'adopter cette solution si les enfants étaient  
appelés par représentation de leur auteur au bénéfice  
de la libéralité. L'article 782 ne déclare-t-il pas dans

---

(1) T. 27, p. 571.

(2) T. 5, p. 297.

un cas à peu près analogue que les héritiers de celui à qui une succession est échue et qui est décédé sans l'avoir acceptée ou répudiée ne peuvent prendre le parti que bon leur semble ! Mais comme les enfants tiennent directement leurs droits du donataire il est préférable d'admettre qu'ils peuvent séparément exercer la faculté d'option. Leur situation est semblable à celle de différents héritiers d'un même *de cujus* qui peuvent accepter la succession de ce dernier les uns purement et simplement, les autres sous bénéfice d'inventaire. Nous admettrons donc qu'il sera permis à l'un des enfants de s'en tenir à sa part dans les biens présents à un autre d'opter pour les biens à venir, alors qu'un troisième pourrait renoncer à la donation.

Trois partis s'offrent donc au donataire. Il peut renoncer ; il peut prendre les biens à venir ; ou bien s'en tenir aux biens présents.

Renonce-t-il il perd tout droit aux biens de la succession ; mais en revanche il n'en supporte pas les charges.

Opte-t-il pour les biens à venir ? sa situation est la même que celle de l'institué qui accepte.

Du jour du décès il devient propriétaire des objets pour lesquels il a été institué. L'article 711 en effet nous dit que la propriété s'acquiert et se transmet par donation. Mais le donataire va-t-il avoir, en vertu de son titre, la possession en même temps que la propriété ; en un mot aura-il la saisine ?

« L'article 724 porte que les héritiers légitimes et naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, et il ajoute que les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession par justice. Au titre des Donations, la loi accorde encore la saisine au légataire universel lorsqu'au décès du testateur il n'y a pas d'héritiers à réserve, tandis que le légataire universel n'est pas saisi lorsqu'il est en concours avec un héritier réservataire » (1).

En dehors de ces dispositions faut-il accorder la saisine et au donataire qui opte pour les biens à venir ? Nous ne le croyons pas. En effet si un texte n'avait pas donné la saisine au légataire universel, on la lui refuserait ; et cependant c'est un successeur universel. Pourquoi la donner à un autre successeur universel, le donataire ? Rappelons en passant que ce n'est qu'après de longs débats que la saisine a été octroyée au légataire universel.

N'ayant pas la saisine, les donataires sont-ils obligés de demander la délivrance des biens ? Oui, selon nous. En effet, appliquons les principes généraux : le légataire non saisi doit, suivant les cas, se faire envoyer en possession soit par justice soit par ceux qui ont la saisine. Il doit en être de même pour le donataire.

En conséquence ce dernier n'est pas tenu *ultra vires* des dettes de la succession. Sans doute s'il est universel ou à titre universel, il est comme tout succes-

---

(1) Laurent, T. 15, p. 278.

seur aux biens, obligé au paiement des dettes ; mais cette obligation ne s'étend pas au-delà de ce qu'il touche.

Enfin comme l'institué il doit respecter toutes les aliénations à titre onéreux consenties par le donateur, mais il peut faire révoquer toutes les dispositions à titre gratuit, autres que celles qui auraient été faites dans les limites prescrites par l'article 1083.

**Le donataire peut s'en tenir aux biens présents. —** Sa situation quant à ces biens est la même que celle dans laquelle il se trouve lorsqu'il opte pour les biens à venir. Il devient donc au jour du décès propriétaire des biens présents, mais il n'en acquiert pas la possession en vertu de son titre ; il n'a donc pas la saisine. En conséquence il doit en demander la délivrance aux héritiers ; il est obligé, s'il est universel ou à titre universel, au paiement des dettes, mais seulement « *intra vires* ».

Toutefois à la différence de ce qui se passe lorsqu'il prend le patrimoine tel qu'il se trouve au décès, il n'est pas tenu des dettes contractées postérieurement à la donation. Abandonnant les biens acquis depuis cette époque il se décharge par là de l'obligation d'exécuter les engagements souscrits par le donateur après le contrat. Aussi a-t-il le droit de faire révoquer les aliénations tant à titre gratuit qu'à titre onéreux consenties dans la suite sur les biens existant au moment de la donation.

Mais en vertu de quel droit peut-il faire rescinder ces actes de disposition ?

Rien de plus simple pour eux qui prétendent que le contrat primitif se transforme, par suite du droit d'option, en une simple donation de biens présents : le donataire est censé avoir été propriétaire du jour de la donation. En conséquence toutes les aliénations faites par le donateur doivent être considérées comme nulles puisqu'elles sont faites par une personne qui n'était plus propriétaire.

Cette théorie aboutit fatalement à valider les actes de disposition consentis par le donataire antérieurement au décès. Ce dernier, par suite de l'effet rétroactif produit par l'exercice de son droit d'option, étant considéré comme propriétaire du jour du contrat, devait avoir eu la faculté de vendre, d'hypothéquer de donner etc., les biens à lui donnés.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer que le donataire qui s'en tient aux liens présents n'est qu'un héritier, pour certains biens il est vrai. Pendant la vie du donateur il ne peut en aucune façon disposer de tout ou partie des biens sur lesquels portera son droit. Autrement il ferait un pacte sur succession future, comme tel prohibé par l'article 1130. S'il vend donc un des biens compris dans la donation, l'obligation manquant d'une des quatre conditions essentielles prescrites par l'article 1108 est radicalement nulle et ne saurait être validée dans la suite.

A la mort du donateur s'ouvre le droit du donataire. Comme tout héritier il ne devient propriétaire des biens à lui donnés que du jour du décès. On ne saurait donc admettre que la naissance de son droit est reportée ficti-

vement au jour du contrat. Comment donc pourra-t-il faire rescinder les aliénations consenties sur les biens qu'il prend ? Pour nous, c'est en vertu de ce droit qui permet à l'institué, aux héritiers réservataires, de critiquer les donations dont le montant excède la quotité fixée par la loi. C'est en vertu de ce droit qui autorise l'appelé à faire révoquer tous les actes de disposition consentis sur les biens grevés de substitution. En un mot les biens existant lors de la donation sont frappés d'une indisponibilité complète sous la condition toutefois qu'au décès le donataire renoncera au surplus des biens du donateur.

Mais cette faculté de s'en tenir aux biens présents est soumise à la confection d'un état des dettes existantes lors de la donation (1084). C'est encore là une nouvelle innovation du code sur l'ordonnance de 1731.

Cet état est utile au donataire à un triple point de vue. D'abord il lui permet de pouvoir au décès exercer en connaissance de cause son droit d'option. Ensuite il évite toute contestation au sujet des créances antérieures à l'institution alternative mais n'ayant pas date certaine à cette époque. Enfin il prévient toute espèce de fraude de la part du donateur ; celui-ci ne peut plus à l'aide d'antitades faire supporter au donataire des dettes qu'il aurait contractées postérieurement à l'institution.

Cet état, nous dit l'article 1085, devra être annexé à l'acte de donation ; il ne peut donc être fait dans la suite : autrement ce serait laisser au donateur la possi-

bilité d'aggraver la situation du donataire, si plus tard ce dernier s'en tenait aux biens présents.

Mais pour nous rien n'empêche que cet état soit contenu dans un acte antérieur à l'institution, pourvu toutefois qu'il soit authentique, et qu'il renferme une énumération complète des charges grevant le patrimoine actuel du donateur. L'inconvénient que nous signalions dans l'hypothèse précédente ne peut en effet se présenter.

La loi exigeant un état, une simple déclaration du montant des dettes ne suffirait donc pas. La loi veut que les dettes soient énumérées ; et elle l'entend d'une façon très rigoureuse. Aussi croyons-nous que dans cet état doivent être mentionnés les comptes courants que peut avoir le donateur ; car « s'il est exact de dire qu'en-  
« tre les parties du compte courant l'imputation et la  
« compensation ne peuvent s'effectuer partiellement  
« pendant que les opérations successives de ce comp-  
« te se continuent, et si le reliquat du compte courant  
« ne se détermine entre les parties que par son règle-  
« ment à l'époque fixée par l'usage et la convention, il  
« n'en est pas moins vrai que l'état réel de la situation  
« du donateur négociant est fixée par les éléments des  
« comptes courants existant à cette époque, que ces  
« éléments lui permettent d'établir s'il est débiteur ou  
« créancier par suite de chaque compte courant et  
« de quelle somme au moment de la donation... » (1).

---

(1) Montpellier, 28 août 1855. D, 56, 2, 196.

Le défaut de cet état entraînerait, pour le donataire, la perte de son droit d'option. Il ne pourrait prendre que les biens à venir. L'article 1085 nous le dit formellement. Il ne peut en effet établir quelles étaient les charges qui grevaient l'actif actuel, et la présomption était que le donateur ne donnait ses biens qu'à charge des dettes actuelles.

Il en serait de même si l'état était incomplet. Le but que se proposait le législateur en rendant nécessaire la confection d'un état ne se trouve pas atteint dans la circonstance ; et comme l'accomplissement de cette formalité est entendu d'une façon très rigoureuse on ne doit pas hésiter à déclarer le donataire déchu de son droit d'option, quelque soit la solution dictée par l'équité (1).

Mais que décider, si par une déclaration expresse le donataire avait été dispensé du paiement des dettes ? La majorité des auteurs estiment, à juste titre croyons-nous, qu'une telle stipulation serait valable. « Les parties, dit M. Laurent (2), peuvent faire telles conven-

---

(1) On voit quel intérêt il y a à savoir si le donateur a entendu faire une institution alternative ou s'il a fait une double donation l'une des biens présents avec charge des dettes actuelles, l'autre de biens à venir à la condition de payer les dettes futures. Dans le premier cas un état des dettes actuelles est indispensable ; dans le second au contraire il est inutile puisque l'article 945 n'exige la confection d'un état que lorsqu'une donation de biens présents est faite sous la condition de payer des dettes futures.

(2) T. 15, p. 306.

« tions qu'elles jugent convenables pourvu qu'elles  
« n'aient rien de contraire à l'ordre public et aux bon-  
« nes mœurs. Dans le contrat de mariage surtout, la  
« loi donne une pleine et entière liberté aux parties in-  
« téressées, parce que ce contrat est vu avec faveur.  
« Le donateur peut faire des donations sous des condi-  
« tions plus avantageuses que la loi suppose. » La loi  
exige seulement que si le donateur accorde un droit  
d'option au donataire et le charge en même temps des  
dettes actuelles, un état de ces dettes soit dressé, car  
cet état a pour but de prévenir les contestations et les  
fraudes; et c'est en ce sens qu'il est d'ordre public.

Mais ce n'est pas à dire que le donataire soit défini-  
tivement déchargé des dettes. Si les biens à venir ne  
sont pas suffisants pour satisfaire tous les créanciers  
du donateur et que les héritiers de ce dernier soient  
insolvables ou acceptent sous bénéfice d'inventaire, le  
donataire pourra être tenu en tout ou partie au paie-  
ment des dettes contractées antérieurement à l'insti-  
tution alternative.

Une question plus délicate se présente. Lorsque le  
donateur possédait des meubles au moment de la dona-  
tion, un état de ces meubles doit-il avoir été annexé  
pour que le donataire puisse exercer son droit d'op-  
tion ?

Certains auteurs et en particulier Demolombe (1) le

---

(1) *Donat.* T. 6, p. 392.

soutiennent. L'article 948, dit-on, exige en effet qu'un état soit dressé lorsque la donation de biens présents s'applique à des effets mobiliers ; or, par suite du choix du donataire, l'institution s'est transformée en donation de biens présents. Il faut donc appliquer l'article 948.

Moins catégorique Marcadé (1) se contente de dire que le défaut d'état ne permettra au donataire optant pour les biens présents, que de s'en tenir aux immeubles seuls, existant lors de la donation, puisqu'il ne peut établir la consistance du mobilier que le donateur possédait à cette époque.

Nous ne partageons pas l'opinion de ces auteurs. A notre avis il n'est pas nécessaire que le donataire ait dressé au moment du contrat un inventaire des effets mobiliers compris dans la libéralité, pour qu'il puisse au décès opter pour les biens présents, meubles et immeubles.

D'abord : telle était dans notre ancien droit la solution généralement adoptée, même postérieurement à l'ordonnance de 1731 (page 114), solution qui, à nos yeux, doit avoir d'autant plus de poids que nous sommes dans une matière toute traditionnelle.

Ensuite les articles 1084 et 1085 qui s'occupent spécialement de l'institution alternative se contentent d'exiger sous peine de nullité la confection d'un état des dettes. Par le fait même ils déclarent que l'accomplis-

---

(1) T. 4, p. 248.

sement de cette formalité suffit pour permettre au donataire d'exercer son droit d'option. Pourquoi donc surenchérir en quelque sorte sur la rigueur du code et soumettre le donataire à la nécessité de dresser un inventaire des meubles ?

D'ailleurs la donation de biens à venir lorsqu'on s'entient aux biens présents ne change pas de caractère, elle ne se transforme pas, comme le prétend Demolombe ; elle reste ce qu'elle était, c'est-à-dire une institution contractuelle. Il y a donc lieu d'appliquer les principes relatifs à cette dernière. Et ces principes sont contenus dans l'article 947 qui l'exempte des règles auxquelles sont soumises les donations de biens présents. C'est donc dire que l'article 948 ne s'applique pas et que le donataire peut prendre les biens présents à défaut d'un inventaire des meubles.

Enfin en admettant même que l'option transforme l'institution contractuelle primitive en une simple donation de biens présents, il faut se placer au moment de la naissance du contrat pour examiner si toutes les conditions prescrites par la loi ont été remplies. Les circonstances postérieures ne sauraient réagir *ex post facto* sur sa validité. Et tout le monde reconnaît que l'institution contractuelle n'est pas soumise à la nécessité d'un état des meubles existant à l'époque où elle a eu lieu.

Nous ne saurions adopter la théorie de Marcadé. Admettre comme le fait cet auteur que le donataire ne pourra prendre que les immeubles présents, c'est faire une division qui n'existait probablement pas dans l'inten-

tion des parties. C'est ensuite commettre une injustice en faisant supporter au donataire tout le passif grévant le patrimoine existant lors du contrat et en ne lui accordant qu'une partie de l'actif composant fortune du donateur à cette époque.

Le donataire pourra donc à défaut de cet état opter pour les biens présents. Si ces biens comportent des effets mobiliers, ce sera à lui de prouver leur consistance, preuve il est vrai parfois fort difficile à faire. Mais cet obstacle de fait ne doit pas être un empêchement à l'exercice du droit que la loi reconnaît au donataire.

#### § VII. — *De la transcription de l'institution alternative.*

La question de la transcription est une des plus discutées qui existent sur notre sujet.

On peut résumer à trois, les systèmes qui se partagent la faveur des jurisconsultes.

#### PREMIER SYSTÈME

Certains auteurs déclarent que la transcription n'est jamais requise en pareille matière. La donation cumulative, disent-ils, n'est qu'une institution contractuelle perfectionnée. A ce titre elle n'est pas soumise à la transcription, même quant aux biens présents.

Le contrat primitif ne change pas de caractère suivant que le donataire prend les biens à venir ou s'en

tient aux biens présents. En admettant même que par suite de l'option il se transforme en simple donation de biens présents on ne peut trouver là un motif suffisant pour le soumettre quant à ces biens à la nécessité de la transcription. Pour apprécier la validité de cet acte il faut se placer au moment de sa confection. Un évènement qui surgit « *ex post facto* » ne peut réagir sur la validité du contrat pris à son point initial. L'acte était valable au commencement, il ne peut cesser de l'être dans la suite.

On ajoute enfin que l'article 1084 qui énumère les conditions de la validité de l'institution alternative ne mentionne nullement la transcription. Elle est donc inutile.

## DEUXIÈME SYSTÈME

D'autres auteurs estiment au contraire que l'accomplissement de cette formalité est requis dans tous les cas. L'intérêt des tiers est en effet toujours en jeu. Le donataire s'en tient-il aux biens présents? Il pourra faire révoquer toutes les aliénations consenties sur ces biens postérieurement au contrat. Opte-t-il pour les biens à venir? Il pourra attaquer toutes les dispositions à titre gratuit faites en dehors des limites prescrites par l'article 1083. Si la donation n'a pas besoin d'être transcrite les tiers pourront donc au décès se voir injustement frustrés, puisqu'ils n'auront rien à se reprocher. Aussi la transcription doit-elle être nécessaire : à l'époque du contrat pour les biens

présents, et au moment de chaque nouvelle acquisition pour les biens à venir.

Il n'y a rien d'étonnant, dit-on, que l'article 1084 ne rappelle pas l'article 937, « car il ne règle pas les conditions de forme de la donation cumulative. Il décide seulement quels sont les biens que cette donation peut comprendre et quelle particularité remarquable, et à certains égards avantageuse, elle présentera pour le donataire. Quant à la forme elle devra être régie par les dispositions ordinaires du titre des Donations, à l'exception de celles dont sont affranchies en général les donations par contrat de mariage (1). »

Les donations de biens présent par contrat de mariage sont soumises à la nécessité de la transcription. Les donations de biens à venir en sont-elles exemptées? L'article 947 qui dispense formellement les donations par contrat de mariage des applications contenues dans les articles 943, 944, 945, et 946 dispose par le fait même que l'article 939 doit être appliqué.

Enfin, ajoute-t-on, l'insinuation était requise en pareille matière dans notre ancien droit (2).

---

(1) M. Larnaude. Thèse, p. 182 et s.

(2) On s'accordait généralement à reconnaître que la donation étant susceptible de se transformer en simple donation de biens présents, l'insinuation était nécessaire quant à ces biens tant au greffe du domicile du donateur qu'à celui de l'assiette des choses données.

### TROISIÈME SYSTÈME

Si la donation cumulative devait être insinuée et quant aux biens présents et quant aux biens à venir, il ne faut pas oublier que l'accomplissement de cette formalité était exigée autant dans l'intérêt des héritiers que dans celui des tiers. Aujourd'hui la transcription n'a lieu que dans l'intérêt des tiers. De même l'insinuation devait être faite à deux endroits : au greffe du domicile du donateur et à celui de l'assiette des choses données. La transcription n'est plus nécessaire qu'au seul bureau des hypothèques de l'arrondissement dans lequel les immeubles donnés sont situés.

Est-il bien vrai d'un autre côté de dire que la transcription est exigée en cette matière parce que l'article 947 ne dispense pas formellement les donations de biens à venir de l'application de l'article 939. Nous ne le croyons pas. Ne s'accorde-t-on pas généralement à reconnaître que l'état estimatif des meubles prescrit

---

Quant aux biens à venir, Boucheul (p. 448) exigeait que chaque nouvelle acquisition fût insinuée à l'un et l'autre greffe.

Lamoignon (p. 248) et avec lui la majorité des auteurs nous dit « qu'en matière de donation de biens présents et à venir l'insinuation pour les biens acquis depuis la donation faite au domicile du donateur était suffisante. »

L'ordonnance de 1731 n'a pas modifié cette législation.

par l'article 948 n'est pas nécessaire en matière de donation de biens à venir ? Et cependant l'article 947 ne dispense formellement les contrats de mariage que des applications des articles 943, 944, 945 et 946. Pourquoi donc lui refuser également d'exempter la donation de biens à venir de l'article 939 ?

D'ailleurs ce système se heurte à des difficultés de pratique inextricables. « Comment faire transcrire, dit « M. Larnaude (1), une donation si au moment où elle « est faite le patrimoine du donateur ne renferme pas « de biens susceptibles d'hypothèques. Il est vrai que « l'on se tire d'affaires en disant que l'on fera opérer la « transcription à mesure que les biens susceptibles « d'hypothèques entreront dans le patrimoine du dona- « teur. Mais l'objection que ne parvient pas à réfuter « ce système, c'est celle qui consiste à dire, que le « donateur conserve le droit de disposer à titre oné- « reux des biens nouvellement acquis ». S'il use de son droit et que le donataire opte dans la suite pour les biens à venir, voilà une transcription qui restera sans effet, voilà des frais faits en pure perte.

La vérité n'est donc ni dans l'un ni dans l'autre de ces deux systèmes.

La donation est, comme nous l'avons dit, une institution alternative. Pour savoir donc si elle est oppo-

---

(1) Thèse, p. 176.

sable aux tiers et par conséquent si elle doit avoir été transcrite il faut examiner à quel parti se décide le donataire : s'il s'en tient aux biens présents ou s'il prend les biens à venir.

Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

### **Le donataire opte pour les biens présents.**

Le donataire se trouvera en présence soit d'acquéreurs ou créanciers hypothécaires, soit de donataires, qui peuvent être antérieurs ou postérieurs à l'institution alternative.

#### **1° ACQUÉREURS ET CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES.**

*a. — Antérieurs à l'institution alternative.* — Que ces tiers aient ou non inscrit ou transcrit leur titre de préférence ou d'acquisition ils doivent dans tous les cas être préférés au donataire. Ce dernier en effet n'a pas plus de droits que son auteur. Il doit respecter les conventions contractées par le donateur à une époque où celui-ci n'était pas encore engagé envers lui. Il ne peut donc se prévaloir du défaut d'inscription ou de transcription.

*b. — Postérieurs à l'institution alternative.* — Le donateur a pu, depuis la donation, aliéner un des biens présents compris dans la libéralité. Le donataire le peut revendiquer, mais pour le revendiquer il faut qu'il prouve qu'il est propriétaire à l'égard des tiers. Et il n'est propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte de donation qui doit être anté-

rieure à l'aliénation faite par le donateur. En vue donc de l'exercice complet de la faculté que la loi lui accorde de s'en tenir aux biens présents le donataire doit transcrire la donation quant à ces biens.

Prenons un exemple. En 1893, Primus donne à Secundus un immeuble A pour lequel la transcription n'est pas opérée. En 1894, il a fait à Tertius une donation universelle de ses biens présents et à venir. Il ne possède alors que les immeubles B C et D. En 1895, il en emprunte à Quartus 10.000 francs, et hypothèque à cet effet l'immeuble B. Quartus prend aussitôt inscription. En 1896 seulement, Tertius transcrit la donation qui lui a été faite deux ans auparavant. Enfin, Primus vend en 1897 l'immeuble C à Quintus. Puis il décède.

Si Tertius veut s'en tenir aux biens présents, il ne pourra, en outre des meubles existant à l'époque de la donation, réclamer en entier que les immeubles C et D. S'il prend l'immeuble B il devra supporter l'hypothèque de 10.000 francs consentie au profit de Quartus.

Quant à Secundus auquel a été donné l'immeuble A il ne saurait être inquiété puisque Tertius ne peut à son égard, comme nous venons de le voir, se prévaloir du défaut de transcription.

Dans ce cas donc, le droit du donataire n'est autre que celui de l'appelé, qui s'en tient dans la succession du grevé aux seuls biens frappés de substitution, ou bien encore qui se porte héritier bénéficiaire du grevé tout en exceptant la substitution.

## 2° DONATAIRES.

La situation des donataires antérieurs ou postérieurs à l'institution alternative est la même que celle dans laquelle ils se trouvent lorsque le donataire opte pour les biens à venir. L'article 1083 s'applique également de quelque façon que le droit d'option soit exercé.

Nous renvoyons donc à ce que nous allons dire lors de l'examen de la deuxième hypothèse.

### **Le donataire opte pour les biens à venir.**

Le donataire qui opte pour les biens à venir, doit-il avoir transcrit pour que la libéralité à lui faite soit valable à l'égard des tiers ?

Trois systèmes se trouvent en présence.

Le premier exige la transcription de la donation. Le second la dispense de cette formalité. Enfin un troisième se contente d'exiger que la transcription ait lieu au moment du transfert de la propriété au donataire, c'est-à-dire lors du décès du donateur.

1<sup>er</sup> SYSTÈME: — Certains auteurs et en particulier Mourlon exigent la transcription et invoquent pour motifs :

D'abord l'insinuation était, dans notre ancien droit, nécessaire en pareille matière.

Ensuite l'article 939 est formel ; et l'article 947 par son silence décide qu'en matière de donation par contrat de mariage, l'article 939 ne reçoit pas de dérogation.

Enfin, dit-on, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'une per-

sonne transcrive un droit de propriété qu'elle n'a pas encore. Un acheteur sous condition suspensive n'a-t-il pas le droit de transcrire son titre ? Et cependant il n'est pas encore propriétaire, il ne le sera peut-être jamais. Pourquoi refuser un pareil droit au donataire ? N'est-il pas dans la même situation ?

2<sup>e</sup> SYSTÈME. — Ces arguments sont loin d'être concluants. Aussi croyons-nous que la transcription n'est pas nécessaire lorsque le donataire opte pour les biens à venir.

On ne peut s'appuyer sur notre ancien droit. Outre les raisons que nous avons précédemment alléguées (page 177), il convient de faire remarquer que cette question était des plus controversées dans notre ancien droit (1).

---

(1) Dans notre très ancien droit les donations de biens à venir ne paraissent avoir été soumises à la formalité de l'insinuation.

Avec la renaissance du droit romain on voit réapparaître l'insinuation. Des chartes (*Cartulaire de St-Victor*, f. 905. *Cartulaire des Alamans*, p. 29 et suivantes) nous prouvent qu'elle était exigée en cette matière dans les pays de droit écrit. En pays coutumier au contraire elle n'était pas exigée (sauf par la coutume de Sedan (art. 111).

Frappé des inconvénients qui résultaient de la clandestinité des donations, François I<sup>er</sup>, par l'ordonnance de Moulins (art. 152), rétablit l'insinuation.

Le laconisme de cette ordonnance força Henri III à en promulguer en 1561 une plus explicite. L'article 58 exigeait l'insinuation

Quant aux arguments tirés des articles 939 et 947 nous avons déjà eu l'occasion de les refuter.

---

pour « toute donation entre vifs de quelque forme qu'elle soit ».

Cependant nous voyons les auteurs faire de nombreuses distinctions.

Duperrier (T. 1, p. 195) et Ferrières (*Diction.* T. 2, p. 54) dispensaient de l'insinuation les donations universelles ou à titre universel. Ils considéraient en ce cas cette formalité inutile puisque la donation ne pouvait préjudicier aux tiers, le donataire étant obligé, à leur avis, de respecter les aliénations à titre onéreux ; ce à quoi il n'était pas soumis si la donation était à titre particulier.

D'autres distinguaient si la donation avait eu lieu par contrat de mariage ou autrement. Dans le premier cas ils la dispensaient d'insinuation, car ils trouvaient dans le contrat de mariage une publicité suffisante.

Lamoignon (p. 246 et 280) nous apprend que des auteurs et de nombreux arrêts estimant que l'insinuation ayant été créée dans l'intérêt des tiers, ceux-ci seuls avaient le droit de se prévaloir de l'absence de cette formalité. Aussi refusaient-ils toute action aux héritiers du donateur, surtout s'ils avaient été présents au contrat.

Suivant la remarque de Lamoignon ce système avait le tort d'être illogique puisqu'il accordait aux uns ce qu'il refusait aux autres. D'ailleurs l'ordonnance ne disait-elle pas que l'héritier avait le droit de se prévaloir du défaut d'insinuation ?

Aussi voyons-nous se faire jour deux autres opinions plus catégoriques : l'une dispensant de l'insinuation dans tous les cas ; l'autre la déclarant nécessaire dans toutes les hypothèses.

Certains auteurs considérant la donation de biens à venir comme

Nous renvoyons donc à ce que nous avons dit précédemment (p. 177).

---

une simple donation à cause de mort, la déclaraient à ce titre exempte d'insinuation (Fontanon, traducteur de Masuer p. 118. Coutumier de Bourgogne. T. 1, p. 513. Arrêt du parlement de Provence du 16 décembre 1657, cité par Brodeau. T. 2, p. 674).

La plupart des auteurs exigeaient au contraire dans tous les cas l'insinuation. Ils estimaient à juste titre que les tiers y étaient intéressés, car la donation de biens à venir, à la différence de l'institution contractuelle, enlevait au donateur la faculté de disposer à titre onéreux de ses biens, tout au moins de ceux existant lors de la donation.

Tel était d'ailleurs le sentiment de Choppin (sur Coutume de Paris, p. 188), de Lebrun (p. 405), de Ricard (sur la Coutume de Senlis, p. 5), de Chabrol (sur article 163 de la Coutume d'Auvergne), de Basnage (sur l'article 448 de la Coutume de Normandie), de d'Argou (L. 2 p. 167).

Telle était d'ailleurs la solution qui tendait à prédominer en jurisprudence (Arrêts du 12 août, 1600, 4 janvier 1612, 3 décembre 1643 cités par Brodeau. T. 1, du 23 janvier 1598 cité par Choppin, p. 188 de la Coutume de Paris. Lamoignon, p. 289, constate cette jurisprudence).

Une exception toutefois était admise en faveur des donations faites par contrat de mariage au profit des descendants. On estimait que les parents étant obligés moralement à doter leurs enfants la donation devenait onéreuse et rémunératoire et devait à ce titre être dispensée de l'insinuation en vertu de l'article 58 de l'ordonnance de 1561. Nous trouvons d'ailleurs en ce sens des arrêts du 29 juillet 1669, du 14 mai 1615 et de décembre 1640, et nous pouvons dire avec Boucheul (p. 500) qu'à l'exception de la

Si l'on obligeait le donataire à la transcription il serait dans une situation bizarre. Il transcrirait un droit qu'il ne possède pas. Est-il bien vrai de dire qu'il est dans une situation analogue à celle de l'acheteur sous condition suspensive ? Nous ne le croyons pas. L'acquisition, une fois la condition réalisée, est censée avoir eu lieu du jour du contrat, tandis que « la donation de biens à venir ne produit durant la vie du donateur aucun effet positif en faveur du donataire, elle ne se

---

coutume de Normandie (art. 448) « cette jurisprudence était universellement reçue. »

Mais comment devait se faire l'insinuation ? La solution de cette question soulevait bien des difficultés.

En matière de donation de biens à venir nous voyons certains auteurs exiger que l'insinuation soit faite tant au greffe du domicile du donateur qu'à celui de l'assiette des choses données ; ils l'exigeaient de plus à chaque nouvelle acquisition du donateur.

Ce système était trop rigoureux. Le donataire ne pouvait pas toujours connaître les acquisitions postérieures du donateur. Aussi on se contenta généralement d'exiger l'insinuation au greffe du domicile du donateur.

L'ordonnance de 1731 n'a pas modifié cette législation. C'est ce que l'on peut voir dans Furgole (sur art. 20), d'Argou (L. 2 p. 167) Bergier (Ricard *Donations* T. 2 *additions*, p. 69), d'Espeisses (p. 649) et Bourjon (T. 2 p. 70).

C'est enfin ce qui résulte de la correspondance de d'Aguesseau.

Cependant Pothier (T. 8, p. 373 et s.) estimait que les donations de biens à venir devaient être dans tous les cas insinuées.

« forme, elle n'est complète qu'au décès du donateur  
« et sans la moindre rétroactivité ».

Enfin nous trouvons dans la discussion du code civil au Conseil d'Etat, une nouvelle preuve que la donation des biens à venir n'a pas besoin d'être transcrite. Dans la séance du 12 ventôse an XI, l'article 48 du projet des donations (article 939 actuel) fut adopté. La transcription fut déclarée nécessaire mais suffisante pour la validité de la donation à l'égard des tiers ; l'insinuation fut donc abolie. Tronchet voulait maintenir l'insinuation concurremment avec de la transcription. Les donations de biens à venir ne devant pas être transcrites, il en résultait qu'elles ne seraient pas portées à la connaissance des tiers. Malgré ces considérations, Bigot triompha en montrant que l'insinuation ne serait à côté de la transcription qu'une formalité inutile, embarrassante et coûteuse (1).

Aussi ce système a-t-il rallié avec raison les suffrages de la jurisprudence (2) et de la doctrine. Avec Troplong (3), Demolombe (4), Huc (5) et Laurent (6), nous n'hésitons pas à l'adopter.

---

(1) Fenet, t. 12, p. 359 à 362.

(2) Pau, 4 février 1867. D. 67-1-65.

Cass., 5 mai 1876. D. 77-2-195.

(3) T. 27, p. 527.

(4) *Donat*, t. 6, p. 307.

(5) T. 6, p. 275.

(6) T. 15, p. 231.

3<sup>e</sup> SYSTÈME. — Ces arguments n'ont cependant pas séduit M. Larnaude. L'éminent professeur estime que l'article 939 étant formel doit s'appliquer aux donations de biens à venir comme à celles de biens présents. Seulement il reporte jusqu'au décès l'époque de la transcription.

Il résulte en effet, dit-il, des articles 938 et 939, que le donataire est obligé de transcrire du jour où il devient propriétaire et c'est au décès que son droit lui est acquis. A cette époque, il opérera la transcription. Donc plus de difficultés d'application : le donataire connaissant les biens qu'il reçoit saura ou faire transcrire.

Ne pas soumettre le donataire à la transcription, c'est violer l'article 939, c'est mettre sur la même ligne le testament qui est un acte unilatéral et la donation entre-vifs qui est un contrat. « Il va y avoir une transmission de propriété qui s'opérera à titre gratuit et « en vertu d'un acte entre-vifs, d'une façon clandestine » (1).

D'un autre côté, l'obliger à transcrire au moment du contrat est chose impossible. Le donataire n'est pas propriétaire. A quelle époque devra-t-il le faire ? A partir du jour du transfert de la propriété entre les parties, c'est-à-dire au jour du décès du donateur.

Voici maintenant l'application que M. Larnaude fait de sa théorie :

---

(1) Thèse, p. 178.

Le donataire peut se trouver en présence d'acquéreurs à titre onéreux, ou de donataires, antérieurs ou postérieurs à la donation.

Sont-ils *antérieurs au contrat* ? Le donataire devra respecter leur titre, si toutefois il a été transcrit ou inscrit. Cette transcription fait-elle défaut ? Ils seront primés par le donataire s'il a transcrit.

Sont-ils *postérieurs au contrat* ? Il y a lieu de faire une distinction entre les donataires et les acquéreurs à titre onéreux. Il ne peut y avoir, nous dit-il, de difficulté quant aux premiers, puisque les donations ne peuvent porter que sur des sommes modiques (article 1083). Quant aux seconds ils seront toujours préférés à l'institué, même s'ils n'ont pas transcrit, car celui-ci doit respecter les dispositions à titre onéreux du donateur.

M. Larnaude n'a pu éviter une confusion. Il estime que la donation doit être transcrite, parce que sans cela il y aurait « une transmission de propriété qui « s'opérerait à titre gratuit et en vertu d'un acte entre « vifs d'une façon clandestine ». Sans doute la transmission a lieu en vertu d'un acte entre vifs mais la mutation n'a pas lieu entre vifs, elle ne s'opère qu'au décès et dans ce cas, la transcription n'est pas exigée.

En effet, elle implique d'une part, l'idée d'un acte actuellement translatif de la propriété d'un droit réel immobilier. Or la donation de biens à venir ne transmet aucun droit réel au donataire.

D'autre part, la transcription n'est applicable qu'aux mutations qui s'opèrent entre vifs ; elle ne concerne

pas celles qui s'opèrent après décès, soit par vocation de la loi, soit par vocation de l'homme.

D'ailleurs si nous examinons les conséquences que M. Larnaude fait découler de son système nous constaterons qu'elles ne sont pas en harmonie avec les principes.

Quels tiers ont intérêt à ce que l'institution alternative soit transcrite. Ce ne sont certes pas les acquéreurs ou les créanciers à titre onéreux puisque le donataire doit respecter toutes les aliénations à titre onéreux consenties par le donataire. Ce ne sont pas non plus les donataires antérieurs au contrat. Nous avons vu en effet que la donation ne pouvait en aucun cas leur porter préjudice. Il n'y a d'intérêt que pour les seuls donataires postérieurs à l'institution, et justement ce sont ceux-là qui ne sont pas protégés.

M. Larnaude nous dit qu'il n'existe pas de difficulté puisque le donateur n'a le droit de disposer à titre gratuit que pour des sommes modiques. Mais qu'advient-il si outrepassant ses droits il fait des donations d'immeubles? Les donataires transcrivant leur titre avant le décès du donateur seront-ils préférés au donataire de biens à venir qui ne peut pas transcrire avant cette époque? Certes non! autrement ce serait profondément injuste.

D'autre part M. Larnaude déclare qu'à l'égard des donataires ou acquéreurs antérieurs au contrat la question de préférence se règle par la priorité de la transcription. Il pourra donc arriver que ces personnes dont

le droit prime celui du donataire, se verront spoliées par ce dernier, légalement il est vrai.

La transcription tournera donc à son profit.

Etait-ce bien là ce qu'on devait attendre d'elle en pareil cas !

En résumé si le donataire prend les biens à venir, l'institution alternative n'a pas besoin d'être transcrite.

Si au contraire il s'en tient aux biens présents la transcription est nécessaire quant à ces biens à l'égard seulement des acquéreurs et des créanciers hypothécaires postérieurs à la donation.

Aussi conseillons-nous aux donataires, par mesure de prudence, de toujours faire opérer la transcription de la donation quant aux biens présents. Au moment où ils acceptent la libéralité ils ne peuvent prévoir le parti qu'ils prendront lorsque s'ouvrira à leur profit l'institution alternative ; et en transcrivant ils se réservent la faculté d'exercer dans son entier le droit d'option que la loi leur reconnaît.

## CONCLUSION

L'article 15 de l'ordonnance de 1731 annulait pour le tout la donation qui portait à la fois sur des biens présents et sur des biens à venir. Il ne reconnaissait pas au donateur le droit de la faire subsister quant aux biens présents.

L'article 943 valide la libéralité quant à ces biens. Comme il ne le fait que par interprétation de la volonté des parties une déclaration contraire du donateur peut annuler la libéralité pour le tout.

Nous estimons que la solution adoptée par notre législateur est préférable à celle consacrée par l'ordonnance de 1731. La liberté des parties est entièrement respectée.

Ensuite n'est-il pas plus probable que dans la pensée de générosité qui a inspiré le donateur la libéralité devait être maintenue quant aux biens présents.

L'article 1084 autorise dans un cas particulier un

institué contractuel à s'en tenir au décès du donateur aux biens existant au moment de la donation.

En conséquence ce dernier a le droit de faire révoquer toutes les aliénations consenties sur ces biens.

N'est-ce pas aller trop loin ?

C'est notre avis.

L'article 1082 permet à une personne de donner à son décès tout ou partie des biens qu'elle possédera à cette époque. Tous actes de disposition à titre gratuit autres que ceux faits dans les limites prescrites par l'article 1083 lui sont interdits. Mais elle conserve intacte la faculté de disposer à titre onéreux de biens donnés.

Et elle ne pourrait s'interdire cette faculté. Si nous nous reportons en effet à la discussion du code nous remarquons que l'article 148 du projet des Donations admettait une réserve qui n'a pas été reproduite dans l'article définitif (1083). L'article projeté finissait ainsi : « à moins qu'il ne se (la) soit formellement interdit en tout ou partie » la faculté de disposer à titre onéreux.

Et voilà que, dans l'institution alternative, la loi lui accorde ce pouvoir, sous la condition toutefois de l'option du donataire.

Le code n'est-il pas là en contradiction avec lui-même ?

Une partie des biens donnés va donc en fait se trouver hors du commerce, puisque ni le donateur ni le donataire ne pourront les aliéner.

C'est une dangereuse dérogation au principe écono-

mique de la libre circulation des biens. Aussi serions-nous d'avis que l'on supprimât les articles 1084 et 1085.

Tout au plus admettrions-nous une exception en faveur des père, mère, frères et sœurs du donataire. Et encore nous le faisons parce que, dans un cas analogue (articles 1048 et 1849), elles sont les seules personnes autorisées par la loi à rendre certains biens inaliénables.

D'ailleurs le contre-coup pratique de cette suppression ou de cette restriction serait nul. Si l'institution alternative jouissait avant la Révolution d'une certaine faveur, elle a disparu de nos mœurs actuelles; et c'est à juste titre que les notaires la considèrent comme un mythe. Malgré une enquête personnelle faite auprès d'un assez grand nombre de notaires, il nous a été impossible de découvrir un seul cas d'institution alternative (1).

Que dire du système du code en matière de transcription d'institution alternative?

Quel que soit le parti que prenne le donataire, les acquéreurs à titre onéreux du donateur, ses créanciers hypothécaires et les donataires antérieurs seront toujours protégés. Suivant les cas, en effet le donataire

---

(1) D'ailleurs les quelques arrêts que nous avons eu l'occasion de citer sur cette matière au cours du présent travail, remontent tous à plus de trente ans.

doit, soit respecter les engagements de son auteur, soit opérer la transcription de la libéralité, quant aux bien présents.

Toute autre est la situation des donataires postérieurs à l'institution alternative. Ils se verront toujours dépouillés, et cela sans avoir de reproche à s'adresser. Les registres du bureau des hypothèques ne leur ont peut-être pas révélé l'existence d'une donation qui, à leur égard, n'avait pas besoin d'être transcrite.

Faut-il de cette insuffisance dans la protection accordée à certains tiers, conclure à une modification du système du code?

Obliger dans tous les cas le donataire à transcrire à l'époque du contrat et au moment de chaque nouvelle acquisition?

Que de frais souvent inutiles! que de difficultés d'application!

Et cependant si l'institution alternative était encore d'un usage courant, c'est encore la solution qui nous paraîtrait préférable.

Mais dans l'état actuel de la pratique, et vu la rareté de ce genre de disposition, nous croyons le système du code, si imparfait qu'il soit, suffisant en cette matière.

Fréquemment d'ailleurs, les donataires connaissent depuis longtemps le donateur, souvent même ils sont parents. Il est bien rare en effet, que l'affection, mobile ordinaire des libéralités, ne soit pas le résultat de longues relations. Les donataires sont donc placés mieux que toutes autres personnes pour ne pas ignorer l'exis-

tence de l'institution alternative, et pour se renseigner auprès de ceux qui ont assisté au contrat de mariage qui l'a renfermé.

Enfin si on accordait seulement aux ascendants et aux collatéraux privilégiés le droit de faire une semblable disposition, le champ des recherches qu'auraient à faire les donataires se trouverait par là singulièrement restreint. Bien peu nombreux en effet seraient les cas où ils n'auraient pas à s'en prendre à leur négligence de se voir frustrés par l'institué.

---

Vu par le président de la thèse

A. BOISTEL.

Vu par le Doyen,  
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.



## TABLE

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| INDEX BIBLIOGRAPHIQUE . . . . . | 7 |
|---------------------------------|---|

### PREMIÈRE PARTIE. — DROIT ROMAIN.

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A Rome les choses futures peuvent faire l'objet d'un<br>contrat. . . . .                                    | 15 |
| Cependant prohibition de l'institution contractuelle. . .                                                   | 17 |
| Différence entre l'institution contractuelle et de la dona-<br>tion de biens à venir . . . . .              | 20 |
| Primitivement nullité de la donation de biens à venir . .                                                   | 28 |
| Validité de la donation quant aux biens présents . . .                                                      | 30 |
| Exception apportée par Antonin le Pieux. . . . .                                                            | 34 |
| A partir de Justinien validité de la donation de biens à<br>venir et de biens présents et à venir . . . . . | 32 |
| Donations à titre particulier. . . . .                                                                      | 32 |
| Donations à titre universel. Donations universelles. . .                                                    | 34 |
| Effets de la donation entre les parties . . . . .                                                           | 35 |
| à l'égard des tiers. . . . .                                                                                | 38 |
| Insinuation des donations de biens à venir et de biens<br>présents et à venir. . . . .                      | 39 |
| Résumé . . . . .                                                                                            | 41 |

### DEUXIÈME PARTIE. — HISTOIRE DU DROIT.

#### CHAPITRE PREMIER : Du v<sup>e</sup> au xii<sup>e</sup> siècle.

|                                                                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| La nécessité de la tradition en matière de donation<br>devait être un obstacle aux donations de biens à<br>venir et de biens présents et à venir. . . . . | 43 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| De la tradition réelle . . . . .                                                                           | 44 |
| Symbolique . . . . .                                                                                       | 45 |
| Feinte . . . . .                                                                                           | 46 |
| Textes législatifs relatifs à la donation de biens à venir.                                                | 49 |
| On rencontre beaucoup de donations <i>post obitum</i> mais<br>ce sont le plus souvent :                    |    |
| Soit des donations avec réserve d'usufruit. . . . .                                                        | 51 |
| Soit des donations à cause de mort. . . . .                                                                | 51 |
| Soit des précaria de biens présents ou de biens à venir.                                                   | 52 |
| Cependant on trouve des exemples de donations :                                                            |    |
| α. — A titre particulier.                                                                                  |    |
| A. -- De biens à venir . . . . .                                                                           | 54 |
| B. — De biens présents et à venir. . . . .                                                                 | 56 |
| β. — A titre universel ou universelles qu'il ne faut<br>pas confondre avec les contrats d'affatomie. . . . | 57 |
| A. — De biens à venir . . . . .                                                                            | 53 |
| B. — De biens présents et à venir. . . . .                                                                 | 59 |
| Résumé . . . . .                                                                                           | 60 |

## CHAPITRE DEUXIÈME : Du XII<sup>e</sup> siècle au milieu du XVI<sup>e</sup>.

### Division de la France en :

|                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| A. — Pays de droit écrit qui valident les donations<br>de biens à venir et celles de biens présents et à<br>venir . . . . . | 63 |
| B. — Pays coutumiers qui ne les admettent pas par<br>application de la maxime donner et retenir ne<br>vaut . . . . .        | 64 |
| De la tradition réelle . . . . .                                                                                            | 64 |
| — fictive . . . . .                                                                                                         | 65 |
| Exceptions en faveur du contrat de mariage. . . . .                                                                         | 68 |

CHAPITRE TROISIÈME : Du milieu du xvi<sup>e</sup> siècle à l'ordonnance de 1731.

*Titre premier.* Des donations de biens à venir et de biens présents et à venir en dehors du contrat de mariage.

§ I. — Pays de droit écrit.

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| Elles sont autorisées . . . . .                         | 70 |
| Exception pour les donations universelles . . . . .     | 71 |
| Caractère de la donation de biens présents et à venir . |    |
| Théorie de Laurière . . . . .                           | 73 |
| Théorie d'Henrys . . . . .                              | 74 |

§ II. — Pays coutumiers.

|                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Coutumes et jurisconsultes interdisant ces donations . .                                                       | 76 |
| Coutumes et jurisconsultes les validant . . . . .                                                              | 78 |
| Différentes applications du principe de la prohibition des<br>donations de biens à venir . . . . .             | 80 |
| Et particulièrement de la réserve de la faculté de dis-<br>poser d'un effet compris dans la donation . . . . . | 82 |
| Nécessité d'un état en matière de donation mobilière .                                                         | 85 |
| Nullité de la donation de biens présents et à venir                                                            |    |
| Théorie de Pothier . . . . .                                                                                   | 87 |
| Théorie de Lamoignon . . . . .                                                                                 | 87 |
| Théorie de Ricard . . . . .                                                                                    | 88 |

*Titre deuxième.* — Les donations de biens à venir et des donations de biens présents et à venir contenues dans les contrats de mariage

|                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| L'exception en faveur des contrats de mariage a peu<br>d'importance en pays de droit écrit . . . . . | 89 |
| En pays coutumier c'est une grave dérogation à la<br>maxime « donner et retenir ne vaut » . . . . .  | 89 |
| Dans quel acte devaient-elles être faites ? . . . . .                                                | 90 |
| Par qui ? . . . . .                                                                                  | 91 |
| Au profit de qui ? . . . . .                                                                         | 92 |
| Sur quoi pouvaient-elles porter ? . . . . .                                                          | 93 |

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| De la réserve de la faculté ne disposer d'un objet compris dans la donation faite par contrat de mariage . . . | 95  |
| Effets de la donation de biens à venir :                                                                       |     |
| Pendant la vie du donateur . . . . .                                                                           | 96  |
| A son décès . . . . .                                                                                          | 96  |
| Les enfants sont appelés « <i>jure suo</i> » à défaut de leurs parents . . . . .                               | 98  |
| Droits et obligations du donateur et du donataire . . .                                                        | 100 |
| De la faculté d'option . . . . .                                                                               | 102 |
| CHAPITRE QUATRIÈME : Ordonnance de 1731.                                                                       |     |
| § I. — Donations de biens à venir et de biens présents à et venir faites en dehors du contrat de mariage.      |     |
| Nullité de la donation de biens à venir. . . . .                                                               | 107 |
| Nullité de la donation quant aux biens présents. . .                                                           | 109 |
| § II. — Donations de biens à venir et de biens présents et à venir faites par contrat de mariage.              |     |
| Validité des donations de biens à venir. . . . .                                                               | 111 |
| Validité de la réserve de la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation. . . . .                  | 112 |
| Droit d'option dans la donation de biens présents et à venir . . . . .                                         | 114 |
| Résumé : l'ordonnance était applicable à toute la France.                                                      |     |
| Réfutation du système de Troplong : . . . . .                                                                  | 115 |
| TROISIÈME PARTIE. — DROIT INTERMÉDIAIRE . . . . .                                                              | 121 |
| QUATRIÈME PARTIE. — DROIT ACTUEL. . . . .                                                                      |     |
| Préambule . . . . .                                                                                            | 125 |
| CHAPITRE PREMIER : Donations portant sur des biens présents et à venir faites en dehors du contrat de mariage. |     |
| § I. — Définition des mots « biens présents et biens à venir.                                                  |     |
| Ce qu'on entend par biens présents . . . . .                                                                   | 127 |
| — par biens à venir. . . . .                                                                                   | 128 |

La donation des biens qu'on laissera à son décès est  
nulle . . . . . 128

La donation d'une somme d'argent payable sur les biens  
existant au décès est nulle. . . . . 129

La donation d'une somme payable au décès est valable.

Ses effets : entre les parties . . . . . 129  
— à l'égard des tiers.

Ces tiers peuvent être soit des créanciers à titre onéreux. 137  
— Soit des créanciers à titre gratuit. 138

## § II. — Nullité de la donation quant aux biens à venir.

La validité de la donation quant aux biens présents par  
interprétation de la volonté du donateur . . . . 142

Caractère de la nullité : elle est absolue . . . . 144

## CHAPITRE SECOND : De la donation cumulative de biens présents et à venir ou institution alternative.

Préambule . . . . . 149

### § I. — Son caractère.

Ce n'est pas une double donation . . . . . 150

C'est une donation unique qui n'est qu'une institution  
contractuelle perfectionnée. Même quand le donataire  
s'en tient aux biens présents . . . . . 153

§ II. — Dans quel acte doit-elle être faite? . . . 155

§ III. — Au profit de qui? . . . . . 156

§ IV. — Par qui? . . . . . 157

§ V. — Sur quoi peut-elle porter? . . . . . 159

§ VI. — Ses effets.

1° Pendant la vie du donateur. . . . . 160

2° Au décès du donataire. . . . . 161

A. — Le donataire peut renoncer. . . . . 164

B. — Il peut prendre les biens à venir . . . . 161

C. — Il peut opter pour les biens présents . . . 165

Dans ce cas nécessité de la confection d'un état des

|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| dettes du donateur existantes au moment de la donation . . . . .                                                            | 168 |
| Un état des meubles que le donateur possédait à cette époque n'est pas nécessaire. . . . .                                  | 171 |
| § VII. — De la transcription de l'institution alternative.                                                                  |     |
| 1 <sup>er</sup> Système: La transcription n'est jamais requise. . . . .                                                     | 174 |
| 2 <sup>e</sup> Système: Elle est nécessaire quel que soit le parti que prenne le donataire . . . . .                        | 175 |
| 3 <sup>e</sup> Système. . . . .                                                                                             | 177 |
| Il faut distinguer si le donataire :                                                                                        |     |
| α Opte pour les biens présents: elle n'est nécessaire qu'à l'égard des acquéreurs et des créanciers hypothécaires . . . . . | 179 |
| β ou pour les biens à venir.                                                                                                |     |
| Premier système : la transcription est nécessaire au moment de la donation. . . . .                                         | 181 |
| Deuxième système : elle est inutile . . . . .                                                                               | 182 |
| Troisième système: elle doit avoir lieu au décès. . . . .                                                                   | 187 |
| CONCLUSION. . . . .                                                                                                         | 191 |
| TABLE . . . . .                                                                                                             | 197 |



---

TOURS ET MAYENNE, IMP. E. SOUDÉE

---